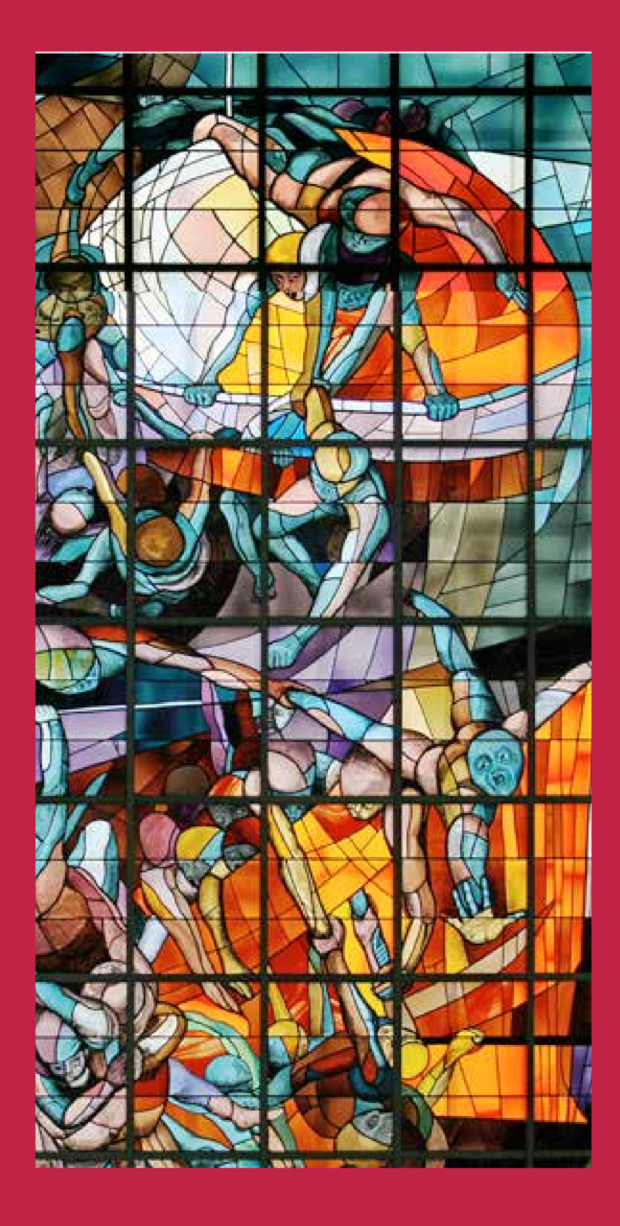
María Candelaria Domínguez Guillén

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Investigadora - Docente Instituto de Derecho Privado
Abogada Especialista en Derecho Procesal
Doctora en Derecho



INICIO Y EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL SER HUMANO

(nacimiento y muerte)

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos N°17
Caracas / Venezuela / 2007

KHW409
D6714i
Domínguez Guillén, María Candelaria

Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte) - María Candelaria Domínguez Guillén. -- Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2007.

302 p. - (Colección Estudios Jurídicos Nº 17)

1. Derecho Civil - Venezuela. 2. Personalidad (Derecho) - Venezuela. 3. Nacimiento - Venezuela. 4. Muerte - Venezuela.

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas por la autora

Colección Estudios Jurídicos, Nº 17
Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf: 51820013402630
ISBN: 980-6487-09-5

María Candelaria Domínguez Guillén
Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Investigadora - Docente Instituto de Derecho Privado
Abogada Especialista en Derecho Procesal
Doctora en Derecho

INICIO Y EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DEL SER HUMANO
(nacimiento y muerte)

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos Nº 17
Caracas/Venezuela/2007

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño
Presidenta del Tribunal
y Presidenta de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera
Vicepresidente de la Sala
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López
Dr. Marcos Tulio Dugarte Padrón
Dra. Carmen Zuleta de Merchán
Dr. Arcadio Delgado Rosales

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Presidenta de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Levis Ignacio Zerpa
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Dr. Emiro Antonio García Rosas

SALA ELECTORAL

Dr. Luis Alfredo Sucre Cuba
Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Arístides Rengifo Camacaro
Dr. Juan José Núñez Calderón
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dra. Yris Armenia Peña Espinoza
Presidente de la Sala
Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Carlos Oberto Vélez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Presidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero
Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dra. Deyanira Nieves Bastidas
Primera Vicepresidenta del Tribunal
y Presidenta de la Sala
Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores
Dra. Miriam del Valle Morandy Mijares

Palabras Preliminares

Esta nueva publicación del Tribunal Supremo de Justicia divulga la Tesis presentada para optar al Título de Doctora en Ciencias, mención Derecho, presentada por su autora María Candelaria Domínguez Guillen, intitulada **Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)**, calificada con la mención excelente por el jurado designado para su evaluación, el cual, además, recomendó su publicación por considerar "que la obra sintetiza y ordena la información general sobre el tema planteado, respecto del cual revela un significativo esfuerzo en su investigación y compresión; demuestra un manejo adecuado de la metodología y fuentes utilizadas e independencia de criterio".

El trabajo de grado está dividido en tres partes: la primera se refiere a las nociones de persona y de personalidad, así como también a los límites temporales de este tipo específico de sujeto de derecho; seguidamente, al aludir al *inicio de la personalidad jurídica del ser humano* (*nacimiento*), desarrolla las diversas teorías en torno al comienzo de la subjetividad humana, la situación del *nasciturus* y la prueba del nacimiento; finalmente, se ocupa de la *extinción de la personalidad jurídica del ser humano* (*muerte*), donde, luego de analizar la noción médica de muerte (distinguiendo entre *clínica* y *cerebral*) la diferenció de otros institutos como la ausencia, alude a los efectos jurídicos de la muerte, los sistemas para resolver los supuestos de muerte simultánea, la prueba de la muerte, la naturaleza y disposición del cadáver.

Citando a la autora, "en el estado actual de nuestro Derecho, la personalidad o subjetividad jurídica de la persona humana viene demarcada por dos hechos jurídicos: el nacimiento con vida y la muerte. La aptitud

para ser sujeto de deberes y derechos la tiene el hombre desde su nacimiento con vida hasta que acontece la única circunstancia que tiene el radical poder de suprimirle su necesaria cualidad de ser persona, a saber, la muerte. La protección a la personalidad futura que prevé el ordenamiento a favor del concebido, así como la protección a la subjetividad pretérita que consagra el Derecho a favor de la memoria del difunto y del cadáver, no es óbice para concluir que la vida que existe entre el nacimiento y la muerte, es la que delimita en definitiva la condición de sujeto de derecho del ser humano". Con este fundamento, concluye afirmando: "el tiempo y la evolución médica y jurídica podrán variar las ideas aquí descritas, pero sin lugar a dudas, lo que nunca perderá vigencia es la necesidad de precisar los momentos límites que marcan la subjetividad jurídica del ser humano".

La doctoranda, María Candelaria Domínguez Guillén, se graduó de Abogada y de Especialista en Derecho Procesal en la Universidad Central de Venezuela, en la cual se desempeña, a partir de 1995, como Investigadora-Docente en el Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Sección de Derecho Civil. En 1999 ingresó al personal ordinario, por concurso de oposición, en el área de *Derecho Civil I Personas*, cátedra en la cual ocupa, en la actualidad, la Jefatura. La obtención del título de Doctora en Ciencias Jurídicas, mención Derecho, le permite ascender a la categoría de profesora con rango de *Asociado*, en el escalafón universitario.

Anteriormente, este Alto Tribunal publicó la obra **Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil,** con dos ediciones a la fecha, con la cual se comenzó, hace ya seis años, la Colección Nuevos Autores, que ha dado espacio a quienes se inician en la elaboración de estudios dedicados a la multiplicidad de ramas integrantes de la ciencia del derecho. Además de esta obra, la profesora Domínguez Guillén es autora de numerosas colaboraciones divulgadas en textos especializados y arbitrados, muchas de ellas en nuestras publicaciones.

Este libro, esperamos, será un nuevo aporte del Tribunal Supremo de Justicia para facilitar el conocimiento de este campo del derecho y, como consecuencia, sea recibido con beneplácito por la comunidad jurídica nacional a la cual va dirigido.

Caracas veinte de junio de 2007

Luisa Estella Morales Lamuño

CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

VEREDICTO

Quienes suscriben, Miembros del Jurado designado por el Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y por el Consejo de Estudios de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela, para examinar la Tesis Doctoral presentada por la cursante **MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN**, titular de la cédula de identidad N° V.15.183.790, bajo el titulo "**INICIO Y EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL SER HUMANO**", a los fines de cumplir con el requisito establecido en el artículo 160 de la Ley de Universidades para optar al título de **Doctora en Ciencias Mención Derecho**, dejan constancia de lo siguiente:

Leído como fue dicho trabajo por cada uno de los miembros del Jurado, éste fijó el día diez de mayo de dos mil siete a las 2:00 p.m., para que la autora lo defendiera en forma pública, lo que ésta hizo en la Sala de Conferencias del Centro de Estudios de Postgrado de esta Facultad, mediante un resumen oral de su contenido, luego de lo cual respondió satisfactoriamente a las observaciones y preguntas que le fueron formuladas por los Miembros del Jurado, todo ello conforme a lo dispuesto en los artículo 50 y 51 del Reglamento de Estudios de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela.

Finalizada la defensa pública de la tesis, el Jurado decidió sin hacerse solidario de las ideas expuestas por la autora, que dicho trabajo se ajusta a lo dispuesto y exigido en la legislación universitaria, razón por la cual lo consideró **APROBARLA CON MENCIÓN EXCELENTE** y recomendar su publicación.

Para emitir este veredicto, el Jurado estimó que la obra sintetiza y ordena información general sobre el tema planteado, respecto del cual revela un significativo esfuerzo de investigación y comprensión, demuestra un manejo adecuado de la metodología y fuentes utilizadas e independiencia de criterio.

En fe de lo cual se la levanta la presente Acta en Caracas, a los diez días del mes de mayo del año dos mil siete, dejándose constancia de que, conforme al artículo 46 del Reglamento de Estudios de Postgrado actuó como Coordinador del Jurado el Dr. Fernando Martínez Riviello.

Firmas del Jurado Examinador

DR. RAMON CRAZUT **DR. ISRAELARGÜELLO LANDAETA**

DR. ALFREDOARISMENDI **DR. RAÚL ARRIETACUEVAS**

DR. FERNANDO MARTÍNEZ RIVIELLO
TUTOR-COORDINADOR

“*Existía unanimidad acerca de los límites temporales de la persona, puesto que el Derecho natural, en contraposición a la teología, había hecho del hombre en su ‘citerioridad’ su único objeto. La pregunta de dónde viene el hombre antes de nacer y a dónde va, en su caso, después de morir, quedaba rechazada de forma expresa como objeto de su ciencia. El Derecho se refiere exclusivamente al hombre que, como ciudadano, construye su mundo aquí. El Derecho sólo regula esta vida. Así, tal como lo entendía el Derecho natural, el hombre no era persona más que en su vida corporal entre el nacimiento y la muerte*”.

Hans Hattenhauer

Contenido

Introducción

Hemos seleccionado como tema base de nuestra tesis doctoral para optar al título de “Doctor en Ciencias, Mención ‘Derecho’” el “*Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano”*. Nos planteamos así, la problemática relativa a los momentos que definen o marcan la subjetividad del ser humano para el ordenamiento jurídico.

Si el hombre es “persona” o sujeto de derecho porque es un ente susceptible de ser titular de deberes y derechos, es esencial para el jurista precisar el instante exacto en que el ser humano se constituye en “persona” y consecuentemente el momento en que deja de serlo. De allí que los límites temporales de la personalidad del sujeto natural, a saber, el inicio y el fin de la existencia jurídica humana representan un aspecto vital e interesante para el estudioso del derecho.

A primera vista, la pregunta parece sencilla, pues el ser humano, como ser viviente tendrá personalidad en tanto tenga “vida”, pero precisamente se pueden presentar interesantes problemas jurídicos en torno al momento exacto en que principia o culmina la existencia jurídica del hombre.

Son múltiples las inquietudes que pueden plantearse respecto al inicio o al fin de la personalidad legal del sujeto natural. Por ejemplo, respecto al inicio de la subjetividad vale la pena preguntarse si la personalidad comienza con la concepción o con el nacimiento; y ello nos lleva a reflexionar en torno a las distintas teorías sobre el comienzo de la personalidad jurídica del ser humano en la evolución del derecho venezolano.

Parecieran ser problemas teóricos, y lo cierto es que la fascinante discusión que rodea la materia tiene importantes implicaciones prácticas para el ser humano[1]. Valdría también referir otras situaciones interesantes que algunos confunden con el inicio de la personalidad y que en modo alguno dan comienzo a la existencia legal, a saber, la concepción o la inscripción en el registro del estado civil.

A la par de lo anterior, vamos a referirnos al momento que marca el fin de la personalidad humana, a saber, la muerte, la interesante clasificación médico-jurídica que subdivide ésta en clínica y cerebral, los efectos jurídicos derivados de la muerte y otros aspectos de interés cercanos a ésta. Veremos, otras figuras que, si bien se relacionan con la extinción de la subjetividad jurídica del hombre, como es el caso de la presunción de muerte, no llegan a tener en el ordenamiento venezolano vigente el carácter exclusivamente extintivo de la muerte.

En base a lo anterior, a los efectos de la presente investigación, consideramos conveniente dividir nuestro estudio en tres capítulos: el primero, relativo a la personalidad jurídica del ser humano, donde haremos unas precisiones de carácter general sobre la noción de persona y personalidad, así como los límites temporales de la existencia humana, en torno a su problemática, la vida y el comienzo y fin de la personalidad. Vale aclarar que las referencias a la noción de "persona" y "personalidad" simplemente constituyen unas breves líneas a título de pincelada sobre dicha materia, por cuanto un estudio detallado de las mismas nos distraería del objeto primordial de nuestra tesis y porque tal tópico es sumamente abundante en literatura jurídica. De allí que la referencia a la noción de "persona" tenga lugar incidentalmente a los fines de ubicar la importancia de la persona natural, a la que se dirigen nuestros ítems siguientes.

El segundo capítulo es el relativo al inicio de la personalidad del ser humano donde a los fines de preguntarnos en qué momento acontece en el ordenamiento venezolano, nos pasearemos por las diversas teorías sobre el inicio de la subjetividad natural; su planteamiento, evolución en los diversos Códigos Civiles de Venezuela, fuente de inspiración, la teoría vigente y la que a nuestro criterio se presenta como la teoría más

[1] Esto pues como veremos, la potencialidad en la titularidad de derechos u obligaciones es correlativa a la condición de sujeto de derecho, y sólo se tiene mientras el ser humano tenga vida como sinónimo de personalidad o subjetividad jurídica.

consecuente con la dignidad humana. Cabe también hacer una sutil referencia –porque lo contrario excedería del ámbito de nuestro estudio– al *nasciturus*[2], es decir, al ser que está por nacer, aunque ciertamente el mismo carezca de personalidad.[3] Haremos igualmente alusión a la prueba del nacimiento.

Finalmente, como es natural, el tercer y último capítulo está dedicado a la extinción o fin de la personalidad jurídica del ser humano, es decir, al estudio de la *muerte* como única causa extintiva de la subjetividad humana en el derecho positivo venezolano; su distinción de otras figuras afines, clasificación, efectos, prueba y un breve acercamiento a la naturaleza jurídica del cadáver.

La referida estructura del sumario se refleja igualmente en lo que en nuestro Proyecto de Tesis nos planteamos tentativamente como algunos objetivos generales[4] y otros objetivos específicos[5] que forman parte de los puntos que pretendemos dilucidar en las siguientes líneas.

---

[2] El *nasciturus* o "por nacer" –según veremos– abarca técnicamente tanto al "*conceptus*" o concebido como al "*concepturus*" o el que habrá de ser concebido.

[3] Sin embargo, aclaramos que por cuestiones metodológicas la referencia al *nasciturus* en el presente estudio será breve. Adicionalmente somos del criterio que el mismo no tiene personalidad, aspecto que justifica su referencia meramente incidental. De allí que el desarrollo de diversos tópicos relacionados con el concebido, tales como el aborto o la fecundación artificial, son simplemente tocadas ligeramente en la presente tesis, amén que cada uno de estos podría constituir un tema autónomo de estudio.

[4] Entre los que citamos: Analizar la importancia jurídica de los dos hechos jurídicos que marcan la personalidad del ser humano, a saber, nacimiento y muerte; Precisar el instante exacto en que para la ciencia jurídica y médica tiene lugar el *inicio* y *fin* de la vida como sinónimo de personalidad; Estudiar la problemática jurídica que plantean situaciones afines al comienzo y fin de la personalidad, tales como, el *nasciturus* y la presunción de muerte.

[5] Señalamos al efecto: Estudiar las distintas teorías sobre el comienzo de la personalidad del ser humano, en lo que respecta a sus fuentes de inspiración, evolución en el ordenamiento venezolano y visión crítica sobre la teoría más consecuente con la dignidad del ser humano; Explicar las distintas especies de docimasias, a saber, las pruebas médicas a los fines de determinar si el ser llegó a tener vida o respiración; Referir brevemente la situación jurídica del *nasciturus*, o ser por nacer; Distinguir entre el comienzo de la existencia natural (concepción) y la existencia legal (nacimiento vivo) o personalidad; Precisar el concepto de muerte, así como la importancia jurídica de la distinción entre muerte clínica y muerte cerebral; Estudiar los efectos jurídicos (personales y patrimoniales) de la muerte; Reflexionar sobre la proyección de la personalidad pretérita; Analizar el sistema de la conmoriencia o presunción de muerte simultánea; Considerar la prueba de los hechos fundamentales (nacimiento y muerte) que marcan la existencia humana; Reflexionar sobre la situación jurídica del cadáver como residuo de la personalidad.

Creemos que vale la pena tratar los tópicos anteriores porque la doctrina jurídica venezolana que ha hecho referencia al inicio y al fin de la personalidad ha sido escasa[6], y generalmente el estudio de tales aspectos ha tenido lugar a través de una forma breve y resumida mediante manuales de *Derecho Civil I Personas*[7]. Nuestra dedicación al área del Derecho Privado, específicamente en el ámbito del Derecho de la Persona[8], nos ha hecho pensar que sería realmente sustancioso presentar un estudio profundo y detallado de tan importantes aspectos. Y por qué no, confesamos además nuestra pasión por lo que consideramos uno de los temas más hermosos e interesante de la Teoría General de la Persona Natural.

La metodología utilizada en el presente estudio responde en esencia a sistematizar mediante una profunda y exhaustiva investigación bibliográfica el tópico seleccionado. En base a ello, haremos una amplia selección de doctrina tanto nacional como extranjera sobre el tema del inicio y el fin de la personalidad jurídica del ser humano. Acudiremos tanto a los textos tradicionales y generales sobre el Derecho de la Persona, así como a artículos especializados que, al margen de cualquier apreciación, presentan la novedad de tocar en forma especial un tema casi olvidado para el Derecho en razón de lo obvio. Pretendemos hacer una búsqueda en el área jurisprudencial aunque de la misma no se refleje abundante material a los efectos de nuestro estudio. Deseamos igualmente, consultar la opinión de algunos estudiosos de la ciencia médica puesto que tanto el inicio como el fin de la vida humana, estar indisolublemente asociados a aspectos médicos o científicos que, aun cuando ajenos al Derecho, sería provechoso distinguir o reconocer.

---

[6] Sobre la muerte en particular se aprecia estudio de: Schmidt, Ludwing: *La muerte: una visión interdisciplinaria de un acto humano*. (Véase: Bibliografía). En cuanto al inicio de la personalidad, se aprecia aun cuando sea referencialmente algunos aspectos en: Ribeiro Sousa, Dilia María: *situación jurídica del concebido ante los avances de la ciencia (*véase Bibliografía).

[7] Véase los autores tradicionales sobre la materia de Derecho Civil I (Personas) reseñados en la bibliografía: José Luis Aguilar Gorrondona, Francisco Hung Vaillant, Gustavo Contreras Briceño, Antonio Marín Echeverría, Alberto La Roche, Mary Sol Graterol, Levis Ignacio Zerpa y Oscar Ochoa G.

[8] Nos hemos desempeñado desde nuestro inicio en la docencia y la investigación en el área de "*Derecho Civil I" (Personas).*

Finalmente, las fuentes de información señaladas deberán ser incorporadas a nuestro esquema de trabajo, a objeto de sistematizarlas, analizarlas, comentarlas o criticarlas. En base a todo lo indicado, se pretende presentar ciertas apreciaciones y conclusiones en torno a los límites temporales que definen la personalidad jurídica del ser humano.

Frosini refiere a propósito del "juego de la citas bibliográficas" –por demás necesarias en el caso que nos ocupa dado el rigor académico del presente estudio– que "*es frecuente actuar con mezquindad e ignorancia ponderando cuidadosamente las citas de forma que abunden los autores a los que se deben favores, y se reduzcan u oculten las referencias a otros autores*"[9]. La escasez de doctrina nacional sobre el tema seleccionado nos permite un camino libre en la ponderación bibliográfica. Sin embargo, nadie está exento de omitir involuntariamente algún autor especial –especialmente patrio– a pesar de una búsqueda minuciosa. Hemos tratado de plasmar la información encontrada con multiplicidad de referencias bibliográficas, amén de nuestra opinión, a fin de que se pueda apreciar la diversidad de autores nacionales y algunos extranjeros sobre la materia. Esto porque siempre hemos pensado que un estudio o investigación debe necesariamente reflejar las distintas fuentes encontradas, aunque para algunos, lamentablemente, la abundancia bibliográfica sea vista como un exceso y no como un mérito.

Las dificultades a los efectos del presente estudio se pueden traducir en la escasa bibliografía nacional sobre el tema, por oposición a la abundante bibliografía extranjera general y alguna especial en torno a la materia. La escasez igualmente de jurisprudencia patria podría constituir un punto más positivo que negativo porque ofrece la posibilidad de considerar reflexiones y propuestas inéditas respecto de algunas interrogantes. La dificultad en el acceso a los profesionales de la medicina se presenta igualmente como un elemento a referir, sin embargo afortunadamente pudimos obtener la opinión de algunos médicos, quienes amablemente accedieron a contestar nuestras interrogantes[10]. Sin em-

[9] Frosini, Vittorio: *La letra y el espíritu de la ley.* Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1995, p. 16.
[10] Vale citar en este sentido a: Rafael Aguiar-Guevara, Juan Antonio Acosta Guillén, José Gregorio Calderón Villegas, Julio Torrealba Sánchez, Nairobi Molina, Mabel Zambrano, María Concepción Brito Vera y Bertha Victoria García de García.

bargo, el balance es positivo pues el material jurídico permite ofrecer una valiosa sistematización del tema objeto de análisis.

Creemos así que todo lo anterior permite justificar el estudio de dos importantes hechos jurídicos: el *nacimiento* y la *muerte*. Los dos momentos cruciales que marcan la personalidad jurídica del ser humano merecen ser analizados bajo la esfera del derecho, y precisamente a través de la oportunidad de investigación que ofrece una tesis doctoral[11]. Vale indicar que con posterioridad a su consignación y publicación continuamos actualizando el presente trabajo

Amén de los médicos consultados, valdría agradecer; a nuestro Tutor-Coordinador, Fernando Martínez Riviello[12] quien nos brindó su asesoría e impulso; al Jurado, porque sus comentarios permitieron combinar un acto académico con una grata defensa; a mis padres y esposo porque su colaboración a propósito del "*nacimiento*" de nuestra bella "María Soledad" hicieron posible concretar nuestro Doctorado. Y en fin, a muchas tantas personas[13] que resulta imposible nombrar en pocas líneas y que de una u otra manera nos hicieron más fácil el estudio que presentamos.

[11] Véase al efecto: "*Manual para la elaboración de Tesis Doctorales, Trabajos de Grado y Trabajos especiales*" Caracas, Enero 2004, según las observaciones realizadas en las V Jornadas de Autoevaluación del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, celebradas el 18-07-2003, p. 8 (En :www.postgradofcjp.org.ve). Tales lineamientos indican que "*la Tesis Doctoral puede ser una investigación, el desarrollo de teorías; el estudio en forma rigurosa de valores éticos y estéticos; el análisis y cuestionamiento de conocimientos y creencias en forma racional, o la obtención de conocimientos mediante la participación activa en hechos o fenómenos sociales que se plasmen en estudios de carácter objetivo, sistemático y de elevado rango académico*". (Consultado el 28-1-05).

[12] Así como a Enrique Lagrange quien fuera nuestro tutor inicialmente y aprobara la culminación de nuestra tesis en abril de 2006, no obstante su posterior renuncia.

[13] Tal es el caso, de nuestros alumnos, quienes con sus múltiples inquietudes dieron origen a muchas de las interrogantes que aquí planteamos; al personal de la Biblioteca de nuestra Facultad; a nuestros colegas profesores con quienes discutimos diversos puntos de vista que se proyectan en las siguientes páginas; a los pasantes que en el curso de nuestros años de investigación, al margen de sus tareas, encontraban alguna referencia de nuestra materia (Francisco Iturraspe Gialdini, Carlos Peréz Fernández, Melissa Noguera, Rosbeyli González y Maritza Mejías).

Capítulo I

La personalidad jurídica del ser humano

1. PERSONA Y PERSONALIDAD

1.1 *NOCIÓN DE PERSONA*

Hay muchas formas de estudiar al hombre según la disciplina de que se trate pero cuando lo vemos como sujeto de derecho o persona lo estamos considerando jurídicamente[14]. Decimos así que el hombre para el ordenamiento jurídico es "persona" o "sujeto de derecho".

La noción "persona" se asocia a la idea de ser humano, y ello es natural, pues el hombre es la persona por excelencia, y al comienzo de la historia jurídica era la única. Sin embargo, el concepto jurídico de "persona" precisa de ciertas consideraciones porque se trata de una defini-

---

[14] Refiere de una forma interesante Fernández de Buján que el hombre es un ser : "trascendente para la teología, pensante para la filosofía, vivo para la biología, moral para la ética, bello para la estética, social para la sociología, consciente para la psicología, doliente para la medicina, histórico para la historia y sujeto de derecho para la ciencia jurídica". (Fernández de Buján, Federico: *La vida. Principio rector de derecho*. Madrid, Dykinson, 1999, p. 20).

ción técnica que si bien incluye necesariamente al ser humano, alude igualmente a otros entes incorporales que pueden figurar como sujeto de una relación de derecho[15]. La persona es el ente que actúa en la escena jurídica, de allí su significado etimológico asociado inicialmente a las representaciones dramáticas[16].

La persona constituye así el sujeto de la relación jurídica[17]. No todas las relaciones que tienen lugar entre los seres humanos son jurídicas, algu-

---

[15] Véase sobre la noción de persona: Moguel Caballero, Manuel: *Breve estudio acerca del aspecto técnico de la persona en el Derecho*. México, Escuela Libre de Derecho, edit. Toledo, 1953; Domínguez Guillén, María Candelaria: *La persona: ideas sobre su noción jurídica.* En: Revista de Derecho N° 4. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 317-330.

[16] Véase sobre el origen de la expresión: Moguer Caballero, *Ob. Cit.,* pp. 11 y 12. En Grecia y Roma, las representaciones dramáticas precisaban de una máscara que aumentara el volumen de la voz y que se le dio el nombre de persona (*per sonare* que significaba sonar mucho), luego por un ulterior desarrollo lingüístico persona pasó a denotar al hombre o al individuo humano. Véase también: Risso, Enrique J.: *Personas visibles y personas jurídicas (su capacidad en el derecho internacional privado y en la Legislación argentina y de otros países).* La Plata, Biblioteca Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 1955, p. 21, refiere el autor que la dicción persona deriva del latín siendo que en la antigua Roma se designaba así a la careta de la que se servían los actores teatrales para aumentar como si fuese una especie de amplificador la sonoridad de la voz, pasando luego la expresión a indicar a los actores mismos y por fin a los individuos que actuaban en la sociedad. Véase en el mismo sentido: Coellar Espinoza, Max: *Derecho de Personas. Primera Parte. Del Principio y extinción de las personas naturales y sus atributos.* Ecuador, Publicaciones del Departamento de difusión cultural de la Universidad de Cuenca, 1991, p. 17, la expresión "persona" en su significado evolucionó de "máscara" a "actor". Véase también: nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Ob. Cit.,* pp. 317-320. Véase igualmente: http://cristianemarinhocivil.vilabol.uol.com.br/a40.htm: *A palavra pessoa provém do latim per + sonare, que significa ressoar, fazer eco. Com efeito, persona era uma espécie de máscara que os antigos atores teatrais, em Roma, utilizavam durante a rep resentação, a fim de que sua voz ou a da personagem fosse reconhecida.*

[17] Tradicionalmente la doctrina ha entendido la persona como "todo ente susceptible de ser titular de deberes y derechos"; como el ente capaz de figurar como sujeto pasivo o activo en una relación jurídica; como el sujeto de la relación jurídica o de derecho. De allí que también se le denomine a la persona "sujeto de derecho" por ser el sujeto ya sea activo o pasivo de toda relación o situación jurídica o de derecho (Véase: Domínguez Guillén, *Ob. Cit.,* p. 320, nota 12). Véase también sobre la noción de persona: Corral Talciani, Hernán: *El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol 17, N° 2, mayo-agosto 1990, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 301-321; Cruz Ibáñez Santa María, Gonzalo: *Persona, Personalismo y Derecho Humanos.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 12, N° 2, mayo-agosto 1985, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 313-323; González de Cancino, Emilssen: *De los Conceptos de Persona y Hombre en la Tradición Romanística*. En: La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 39-53; Montoya Marín, Juan Eliseo: *Concepto de hombre, persona y derechos humanos*. En: http://www.monografias.com/trabajos7/perde/perde.shtml; Parra Aranguren, Fernando y Alberto Serrano: *Elementos para el estudio de la norma jurídica.* En: Actas Procesales del Derecho Vivo, Nos. 61-63, Vol. XXI, Caracas, Grafiúnica, 1977, pp. 49-70; Gangi, Calogero: *Persone Fisiche e Persone Giuridiche.* Milano, Dott. A. Giuffre editore, 1946. Véase igualmente sobre "el sujeto jurídico": Nawiasky, Hans: *Teoría General del Derecho*. Madrid, Ediciones Rialp S.A., 1962. Traducción José Zafra Valverde, pp. 237-274.

nas son simplemente sociales, sentimentales o de otro orden. Estas últimas no son consideradas importantes para el orden legal.

La relación jurídica es aquella que el Derecho ha considerado relevante y digna de protección, es pues una relación regulada por el ordenamiento jurídico[18], constituida por sujeto, objeto y causa o nexo jurídico y de la cual precisamente la persona constituye el sujeto, bien sea activo (titular del derecho) o pasivo (titular del deber); el objeto es el punto de unión entre los sujetos porque el deber del sujeto pasivo representa precisamente el derecho del sujeto activo; el nexo jurídico o causa es la norma jurídica que prevé tal circunstancia y que puede traducirse en una norma propiamente dicha, en un contrato, un testamento o en cualquier acto o hecho capaz de darle contenido jurídico a la relación de que se trate[19]. Por su parte, la "situación jurídica" es denominada también relación jurídica recíproca, pues en la misma no se distingue claramente una posición activa o pasiva de los sujetos sino que coexisten en cabeza de ambos deberes y derechos[20].

De allí que en un sentido amplio la persona sea sinónimo de "sujeto de derecho", porque la persona es el sujeto (bien sea activo o pasivo) de una relación o situación regulada por el orden legal. Para el ordena-

---

[18] Esto por cuanto no todas las relaciones sociales son protegidas por el Derecho; así el amor, la amistad o el agradecimiento por sí solos no son relevantes para el orden legal y en consecuencia no dan lugar a relaciones jurídicas.

[19] Véase sobre la relación jurídica: Loreto, Luis: *El concepto de relación jurídica en Derecho Privado*. En: Ensayos Jurídicos. Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt y Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edic., 1987, pp. 83-91. Véase también: Domínguez Guillén, *Ob. Cit.,* pp. 320-326; Parra Aranguren y Serrano, *Ob. Cit.,* pp. 49 y 50; Cancela, Omar J. y otros: *Instituciones de Derecho Privado*. Buenos Aires, edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. 1988, pp. 104-107. Refieren los autores que la relación jurídica se compone de sujeto (activo o pasivo que son las personas), el objeto (contenido de la prerrogativa del derecho u obligación) y la causa (fuente u origen, hecho o acto jurídico que la produjo). (*Ibíd*., pp. 105 y 106).***

[20] Véase: Domínguez Guillén, ob. cit, pp. 324-326. Véase también: Parra Aranguren y Serrano, *Ob. Cit.,* p. 69, los autores definen la situación jurídica siguiendo a Legaz y Lacambra de la siguiente forma: "las distintas circunstancias de la existencia jurídica personal, en las cuales se contienen en potencia todas las posibilidades de la vida del sujeto de derecho, con arreglo a las cuales realiza actualmente o puede realizar en cualquier momento las varias formas de conducta que constituyen el activo y el pasivo de su haber jurídico" (*ibid*., p. 70). Véase igualmente: Tosta, María Luisa: *Introducción al Derecho (Guía y materiales para su estudio por Libre Escolaridad).* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1985, pp. 211 y 212: "Si bien con respecto de la *relación* el sujeto es titular de un determinado derecho o de un determinado deber, cuando lo colocamos como centro de *situación* jurídica, este sujeto es el eje activo de una serie de derechos y obligaciones".

miento jurídico, la persona es el sujeto de la *relación* o la *situación* de derecho[21]. La persona o sujeto de derecho es el actor y protagonista de la escena jurídica[22]. No es posible un orden legal sin sujetos, pues las relaciones o situaciones jurídicas, acontecen siempre entre personas, bien sea que ocupe la posición activa o pasiva; no es posible una relación directa entre una persona y una cosa.

Siendo calificada la "persona" en feliz expresión de Hattenhauer como el "concepto superior de todo el Derecho"[23] es fácil concluir que es la noción más importante de la esfera jurídica.[24] De allí que cualquier interpretación en derecho debe tener por norte al único destinatario del ordenamiento jurídico; el Derecho existe por y para la "persona"; es ella quien justifica la existencia del resto de las instituciones[25].

La noción técnico jurídica de persona permite incluir dentro de la misma un conjunto de entes distintos al ser humano, a saber, las personas jurídicas en sentido estricto o personas incorporales. Se trata de aquellos entes que no obstante carecer de corporeidad, el ordenamiento jurídico les ha concedido la condición de sujetos de derecho.

La persona o sujeto de derecho, como ente susceptible de ser titular de derechos y deberes, es decir, capaz de figurar como sujeto activo o pasivo de una relación jurídica, respectivamente, es por excelencia el

[21] Domínguez Guillén, *Ob. Cit.,* p. 326.
[22] *Ibid*., p. 345. Véase también: Vielma Mendoza, Yoleida: *La protección de la persona en el Derecho Privado*. En: Anuario Jurídico. Colegio de Abogados del Estado Mérida, Año VI, N° 6. Mérida-Venezuela, Edit. Casa Blanca, 1998, pp. 43 y 44, refiere que la persona es la protagonista del Derecho y de todo el orden jurídico, protagonismo que se revela en la calidad de sujeto de todas las relaciones y en la sumisión a ella de todos los demás bienes y valores.
[23] Hattenhauer, Hans: *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona, edit. Ariel S.A., 1987, p. 19.
[24] Véase: Lete del Río, José: *Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Tecnos, 3ª edic., 1996, pp. 19 y 20, señala que la persona es el eje del sistema de derecho al cual éste debe servir, es su centro y su meta; Carrasco Perera, Angel: *Derecho Civil*. Madrid, edit. Tecnos S.A., 1996, p. 58, la persona es el centro de gravedad de todo sistema democrático.
[25] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Primacía de la persona en el orden constitucional*. En: El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, 2005, p. 300: "La persona es la esencia y la protagonista del orden jurídico; cualquier consideración sobre su importancia siempre resultará insuficiente porque como es obvio el Derecho existe por y para la persona. Todas las materias, figuras e instituciones en el orden legal encuentran sentido en razón de su destinatario único y final: la persona o sujeto de derecho".

ser humano, pero puede estar representada por otros entes distintos al hombre. La persona jurídica en sentido estricto se traduce en la atribución de personalidad jurídica a otros entes distintos del ser humano. Existe así, la persona natural que es el ser humano y la persona jurídica en *stricto sensu*, constituida precisamente por entes que el Derecho ha creado y les ha dado la condición de sujetos de derecho[26].

Existen pues dos clases de personas o dos categorías de sujeto de derecho: la persona natural o corporal, que es la persona por excelencia representada por el ser humano y la persona jurídica en estricto sentido o incorporal[27], que se traduce en entes distintos al ser humano que el ordenamiento les concede subjetividad jurídica. En la historia del Derecho surgió primero la persona natural pues fue el ser humano quien ante la posibilidad de conflicto que plantea la vida en sociedad se vio en la necesidad de establecer reglas y crear normas que permitieran la convivencia. De tal suerte que el ser humano como realidad social dio paso al concepto jurídico de persona por constituir por naturaleza el ente por excelencia capaz de ser titular de deberes y derechos. Y aun cuando antiguamente no todos los hombres eran considerados personas desde la perspectiva jurídica porque existía la esclavitud[28], lo cierto es que determina categoría de seres humanos en efecto rellenaba el concepto jurídico de "persona". Lo que pone en evidencia que la noción de "persona" no puede prescindir en su sustancia del ser humano. Actualmente, es un hecho incontrovertible en el Derecho moderno que todo ser humano es "persona" o sujeto de derecho[29]. La personalidad jurídica

[26] Domínguez Guillén, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Colección Nuevos Autores, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, p. 500.

[27] Denominada también persona moral, ideal, social, colectiva, compleja, civil, irreal, ficticia, artificial, abstracta. Estos términos utilizados por oposición a los que designan a la persona natural, humana, corporal, real, psíquica, individual, simple, visible o concreta.

[28] Véase: Catalano, Pierangelo: *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano I*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1990, p. 169, refiere el autor que la noción de hombre y persona en la antigua Roma eran distintas. Véase igualmente: Coellar Espinoza, *Ob. Cit.,* pp. 16 y 17.

[29] Véase: Vallet de Goytisolo, Juan: *Panorama de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1963, p. 88. Véase en el mismo sentido: González de Cancino, *Ob. Cit.,* p. 45: "La personalidad jurídica de todos los hombres nos parece un principio incontrovertible en cada uno de nuestros sistemas, una conquista del género humano". En este sentido indica el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*". Refiere igualmente el artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José: "*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*".

del ser humano es una consecuencia natural de la evolución jurídica, pues sólo el hombre es el ente por excelencia capaz de ser titular de deberes y derechos. De allí que somos del criterio que el ordenamiento jurídico tiene un carácter eminentemente "declarativo" respecto de la persona natural, es decir, el Derecho "reconoce" en la persona humana una realidad preexistente porque el hombre es un *prius* respecto de aquel. Contrariamente, la persona jurídica *stricto sensu* o persona incorporal sí constituye una creación de la ley y por ende, el Derecho tiene respecto de la misma un carácter eminentemente constitutivo[30].

Así con el transcurso del tiempo y la necesidad de asociación del hombre, tuvo lugar en el ámbito legal el fenómeno de la personalidad jurídica en estricto sentido. Primero surgió de una forma natural y con posterioridad aun cuando recientemente en el curso de la evolución jurídica[31] tiene lugar la personalidad jurídica incorporal[32]. La persona incorporal aparece en la evolución jurídica por la conveniencia y necesidad del ser humano[33]. Si bien la personalidad incorporal es un fenómeno jurídico interesante y fascinante, la misma no logra desplazar en importancia a la personalidad natural[34]. Esta última fue, es y seguirá siendo –a nuestro criterio– la reina

[30] Véase sobre tales planteamientos, nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *La persona*..., pp. 330-339. Véase igualmente: Barbero, Doménico: *Sistema de Derecho Privado*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, T.I, p. 191, señala radicalmente "Niego del modo más absoluto que el ordenamiento jurídico sea árbitro de atribuir o negar la personalidad jurídica al hombre". Véase en el mismo sentido: Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 23; Carrasco Perrera, *Ob. Cit.,* p. 58; Albaladejo, Manuel: *Derecho Civil I*. Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 14ª edic.,1996, Vol. I, p. 212.

[31] El primer Código Civil que se refiere a las personas jurídicas en estricto sentido fue el de Código Civil de Chile de 1855, redactado por Andrés Bello y que entraría en vigencia en 1857 (Véase Aguilar Gorrondona, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 14ª edic., 2000, p. 17). Algunos reclaman que dicho mérito es de la legislación española (Véase: Posse Arboleda, León: *La personificación jurídica de una sociedad*. En: La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 330). Sin embargo indicamos que en ese tiempo en la legislación española la consagración quedó a nivel de *proyecto* a través del "Proyecto de Código Civil para España" de Florencio García Goyena de 1851. Véase: Domínguez Guillén, *La persona*..., p. 334, nota 55.

[32] Sobre tales reflexiones, véase nuestro trabajo: *La persona*..., pp. 330-339.

[33] Véase: Guzmán Mora**,** Fernando: *Persona*. En: http://abcmedicus.com/articulo/id/311/pagina/2/persona.html, La idea de otorgar personalidad a los entes sociales lo mismo que a los individuales, es que éstos adquieran facilidad de movimiento y operación, por perseguir fines humanos.

[34] Sobre la inevitable diferencia entre persona natural y persona incorporal y la plenitud de la primera en el orden legal, puede verse: Laurent, F.: *Principios de Derecho Civil*. Puebla, Editor J.B. Gutiérrez, 2ª edic., 1912, T. I, pp. 435 y ss.

del Derecho pues éste existe en razón del ser humano[35]. De allí que el presente estudio sobre el inicio y el fin de la personalidad jurídica esté dedicado a la persona por antonomasia, a saber, la persona natural. Sin lugar a dudas, es vital determinar en qué momento preciso el ser humano se constituye en sujeto de derecho y en qué instante exacto deja de serlo, perdiendo así su condición de "persona".

1.2 *NOCIÓN DE PERSONALIDAD*

El término "persona" suele asociarse inevitablemente al de ser humano, siguiendo así su significado ontológico[36]. El autor Abarca Candero señala que el término "sujeto" es más apropiado que el de "persona" porque elimina el matiz psicológico de la expresión. Considera el autor que es conveniente cambiar la palabra "*persona y personalidad*" por "*sujeto jurídico y subjetividad*"[37]. En efecto, si la expresión "sujeto de derecho" es sinónimo de "persona", igualmente el término "subjetividad" o "subjetividad jurídica" es válido para referirnos a "personalidad" o "personalidad jurídica", respectivamente[38].

La persona según la definición tradicional es todo ente susceptible de ser titular de deberes o derechos, a saber, el sujeto (activo o pasivo) de la relación jurídica. La persona así entendida es el sujeto de la relación o situación de derecho, distinguiéndose así del objeto y la causa o nexo jurídico. Sólo la persona puede actuar en el mundo jurídico[39]. Ahora bien, para tener esa potencialidad de actuación jurídica, esa ilimitada posibilidad de ser titular de deberes y derechos se requiere en efecto ser persona y tener *personalidad*.

En cuanto a la diferencia entre "persona" y "personalidad", ésta última se define como "la ***aptitud, cualidad o idoneidad*** para ser titular de

[35] Véase: Figueroa Yánez, Gonzalo: *Persona, Pareja y Familia*. Chile, edit. Jurídica de Chile, 1995, "*La persona natural es el elemento más importante de todo el derecho*; El derecho existe para el hombre y es creación del hombre"; Pérez Vargas, Víctor: *Existencia y Capacidad de las personas*. Costa Rica, Lex Loci Ltda, 4ª edic.,1977, p. 5, "el derecho existe en función del ser humano".
[36] Véase: González de Cancino, *Ob. Cit.,* p. 42. Véase en el mismo sentido: Hoyos Castañeda, Ilva M.: *La persona y sus derechos*. Colombia, edit. Themis S.A., 2000, pp. 1-16.
[37] Abarca Candero, Ricardo: *Algunos datos acerca de la subjetividad jurídica*. México, Escuela Libre de Derecho, 1955, p. 85.
[38] Tales términos los usaremos indistintamente en lo sucesivo a lo largo del presente estudio.
[39] Véase *supra* N° I. 1.1.

deberes y derechos". Si observamos la parte final de la definición se aprecia que incluye el concepto de persona, pues ésta será todo ente susceptible de ser titular de deberes y derechos. De manera que pudiéramos abreviar la definición diciendo que la *personalidad es la aptitud, cualidad o idoneidad para ser persona*. Jurídicamente toda persona tiene personalidad y correlativamente a su vez se tiene personalidad porque se es persona. Se trata simplemente de una precisión conceptual a nivel jurídico en la que se quiere diferenciar entre el "ente o sujeto" y la "aptitud o cualidad", la primera corresponde a la persona, la segunda a la personalidad[40].

De allí que indique Barbero que la personalidad es una *calificación formal*, necesaria o libre, conexa con la capacidad jurídica[41]. Para Ferrara la personalidad es una categoría jurídica que no implica condición de corporeidad o espiritualidad[42]. La personalidad jurídica constituye así una construcción formal de la conceptuación jurídica[43]. La noción de personalidad, en sí misma, es una abstracción. Designa en general, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Estar dotado de personalidad es ser capaz de participar en la vida jurídica, de adquirir derechos y de obligarse[44].

Comenta en este sentido Hattenhauer que mientras la palabra "persona" es herencia de los romanos, la "personalidad" es un neologismo de finales del siglo XVIII, nacida en el espíritu de la ilustración, como muchas otras, que irrumpió pujante y pronto estuvo en todas las bocas[45]. Señala el autor que los términos persona y personalidad se usan fre-

---

[40] Véase: Domínguez Guillén, *La persona*..., pp. 328 y 329. Véase también: La Roche, Alberto José: *Derecho Civil I*. Maracaibo, edit. Metas C.A., 2da. edic., 1984, Vol. II, p, 54; el concepto de personalidad está referido a la condición o cualidad de persona.

[41] Barbero, *Ob. Cit.,* p. 190.

[42] Ferrara**,** Francesco: *Le Persone Giuridiche*. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinense, 1938. Tomado de: Trattato di Diritto Civile Italiano. Por Vassalli, Filippo. Vol. II, T. II, p. 30.

[43] Véase sobre la personalidad: Pizani, Rafael: *Investigación del Concepto de Personalidad Jurídica.* En: Gaceta Jurídica, N° 6, Año II, julio-sep 1935, pp. 126-132.

[44] Colin, Ambrosio y H. Capitant: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 2ª edic., 1941, T. II, Vol. I, p. 463. Véase también: Pugliatti, Salvador: *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. México D.F., Porrua Hnos y CIA, 2ª edic., 1943, p. 109, refiere que la personalidad indica la aptitud para adquirir y conservar derechos y para asumir obligaciones jurídicas. La personalidad es el resultado de la síntesis de dos elementos: uno material, que consiste el substrato y otro formal, que refleja el sello característico del ordenamiento jurídico.

[45] Hattenhauer, *Ob. Cit.,* p. 22.

cuentemente en un mismo sentido: la segunda palabra designa una cualidad, la primera quien posee aquella cualidad[46]. Las palabras persona, personalidad y derecho de la personalidad siguieron oscuramente entrelazadas y podían encontrarse con idéntico significado. Edouard Hölder indicaba que ambos términos pueden aplicarse en un mismo sentido porque no existe persona sin personalidad, ni personalidad sin persona que le corresponda[47].

Insistimos que la distinción entre "persona" y "personalidad" responde simplemente a una precisión conceptual que ha hecho la doctrina, según la cual la primera es el "*ente*" y la segunda es "*la cualidad*". La precisión pareciera inoficiosa por cuanto si se es persona se tiene personalidad y correlativamente quien tiene personalidad es persona.

Diríamos simplemente que son nociones o precisiones técnico jurídicas que no deben desestimarse aun cuando en el léxico legal se traduzcan en sinónimos. El término personalidad ha sido pues una creación doctrinaria que presenta utilidad conceptual y que permite utilizar las expresiones "persona" y "personalidad" como ideas equivalentes. Así por ejemplo cuando se habla de "los derechos de la personalidad" estamos aludiendo a "los derechos de la persona" en su protección civil. Bien pudiésemos haber titulado nuestro estudio "inicio y extinción de la persona natural" y los efectos sustancialmente serían los mismos pues en esencia, se trata de la vigencia de la personalidad jurídica humana. Confesamos que nos pareció más preciso y a la vez expresivo, aludir a la "personalidad jurídica del ser humano". Creemos que el calificativo "jurídica" no está de más para resaltar que se trata de un concepto de derecho, que ese concepto es la "personalidad", es decir, los límites temporales de la aptitud para ser sujeto de derecho, que presenta la persona por excelencia, a saber, el "ser humano".

2. LOS LÍMITES TEMPORALES DE LA PERSONA NATURAL

2.1 *PROBLEMÁTICA*

Según indicamos, constituye un principio en el Derecho moderno que "todo ser humano es persona"[48]. Esa necesaria condición del hombre

---

[46] *Ibid.*, pp. 20 y 21.
[47] *Ibid.*, pp. 22 y 23.
[48] Véase *supra* N° I. 1.1.

de ser persona o sujeto de derecho, la tiene el ser humano en razón de su *dignidad,* de allí que igualmente se ha considerado como un axioma que "todo ser humano tiene *dignidad*"[49]. Y aunque en razón de su dignidad innata todo ser humano es persona, se discute cuándo comienza para el Derecho tal condición. De allí que las causas o circunstancias que determinan dicha subjetividad pueden variar según el ordenamiento jurídico de que se trate. Siendo así, –nos comenta Aguilar Benítez a propósito de la importancia del inicio de la personalidad del hombre para el Derecho Internacional Privado– que podría a primera vista parecer irrelevante y carente de interés plantearse la cuestión relativa a la determinación de la ley competente en la materia. Sin embargo, la designación de la ley aplicable importa porque las legislaciones internas, si bien coinciden en aceptar la personalidad jurídica del ser humano, difieren en cuanto a la estimación de las circunstancias que determinan el momento en que la personalidad se adquiere y las causas de extinción[50]. Así, se ha indicado a propósito de la Convención sobre los Derechos del Niño, que si bien ésta vela por los derechos del niño que va a vivir, corresponde precisar a cada legislación nacional los requisitos que ha de reunir el nacimiento para sea reconocida la personalidad civil del naci-

---

[49] La dignidad es un valor esencial que acompaña a todo ser humano por su sola condición de tal, en virtud del cual se desprende el reconocimiento y trato correspondiente. Sobre la innata "dignidad" que necesariamente acompaña a todo ser humano, véase: González Pérez, Jesús: *La dignidad de la persona*. Madrid, edit. Civitas S.A., 1986; Prieto Alvarez, Tomás: *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas.* Navarra, Caja de Burgos/Thomson-Civitas, 2005; Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons Jurídicas y Sociales S.A., 2005; Peces-Barba Martínez, Gregorio: *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*. Cuadernos Bartolomé de las Casas 26. Universidad Carlos III. Madrid, edit. Dikynson, 2ª edic., 2003; Ortiz-Ortiz, Rafael: *Investigación especulativa sobre el fundamento jurídico de la dignidad humana.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 97. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1996, pp. 177-261; Ortiz-Ortiz, Rafael: *La dignidad y el desarrollo de la personalidad como premisa axiológica del constitucionalismo contemporáneo.* En: Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 14, Caracas, 1996, pp. 15-297; Andorno, Roberto: *Bioética y dignidad personal*. Madrid, edit. Tecnos, 1998, pp. 56-62; Melendo, Tomás y Lourdes Millán-Puelles: *Dignidad ¿una palabra vacía?*. Pamplona, Eunsa, 1996; Aguiar Aranguren, Asdrúbal: *La dignidad humana: ¿una noción de contenido variable para el Derecho?*. En: http://www.sideme.org/doctrina/articulos/art0011-ve.htm. Distingue Andorno entre dignidad "ontológica" y dignidad "ética"; en el primer sentido (ontológico) todo hombre, es un ser digno; en su sentido ético la dignidad, contrariamente supone el fruto de una vida conforme al bien y entonces no será poseída por todos de la misma manera. (Andorno, *Ob. Cit.,* p. 57).

[50] Aguilar Benítez de Lugo, Mariano y otros: *Lecciones de Derecho Civil Internacional*. Madrid, edit. Tecnos, 1996, p. 34.

do[51]. Se admite así que la determinación de los límites que marcan la subjetividad humana puede variar según la legislación de que se trate.

En ese sentido el artículo 16 de nuestra Ley de Derecho Internacional Privado dispone: "*La existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por el Derecho de su domicilio*"[52]. Entiendo –dicha ley especial– éste último como la residencia habitual de conformidad con el artículo 11 *eiusdem*, a diferencia del concepto que prevé el artículo 27 del Código Civil[53]. Ello significa que el inicio y fin de la existencia jurídica humana de quienes tengan su residencia habitual en Venezuela, se determinará conforme nuestra normativa, y por ende la importancia del tema en estudio.

El título del presente estudio es "*Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano*" y con él pretendemos preguntarnos sobre los límites temporales de la persona física para el ordenamiento jurídico venezolano. El paso del hombre por la vida, marca o define su camino por el mundo del derecho, esto es, la personalidad jurídica del ser humano coincide con su tiempo de "vida"[54].

Partiendo así que la "vida" coincide con la personalidad jurídica del ser humano, a primera vista algunos podrán pensar que el asunto es sencillo pues el hombre tendrá existencia para el Derecho únicamente mientras viva. Pero tal afirmación desde el punto de vista jurídico plantea ciertas interrogantes, como por ejemplo: ¿Cuándo se tiene vida como sinónimo de personalidad: con la concepción o con el nacimiento?; ¿Qué implica

---

[51] Véase: Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención*. Informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 1999. 12 de noviembre de 2001, p. 129, en: http://193.194.138.190/.../898586b1dc7b4043c1256a450044f331/13f5eea858c8058ac1256b5700355f1c/$FILE/G0146027.pdf, se indica que el propósito de la Convención es salvaguardar los intereses del niño que vaya a vivir, pero no puede intervenir en las cuestiones que corresponde precisar a cada legislación nacional.

[52] G.O. N° 36.511 del 6-8-98. Destacado nuestro.

[53] Que ubica el domicilio general voluntario en el lugar donde se tiene el asiento principal de los negocios e intereses. Sobre el domicilio y la residencia, véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La sede jurídica*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 449-495. Se indica que la determinación del domicilio como residencia habitual que consagra dicha ley especial encuentra aplicación única y exclusivamente a los efectos del ámbito del Derecho Internacional Privado, por lo que en lo demás seguirá plenamente vigente la citada determinación del domicilio de conformidad con el artículo 27 CC (*ibid*., p. 464)".

[54] Sobre la vida, véase *infra* N° I. 2.2.

propiamente el nacimiento: supone el corte del cordón umbilical?; ¿Qué posición adopta el ordenamiento jurídico venezolano sobre el inicio de la personalidad humana?; ¿Cuáles son las pruebas médicas que importan al Derecho a los fines de determinar si un ser nació con vida?; ¿Sólo la muerte logra extinguir la personalidad jurídica en el derecho venezolano?; ¿Es la muerte la cesación de las funciones vitales o la pérdida de la actividad cerebral en forma irreversible?.

Comenta Caló que las fronteras entre la vida y la muerte se han vuelto de improviso inestables, y esta inestabilidad derrumba certidumbres y origina problemas de difícil solución, pues el concepto mismo de muerte dejó de ser claro[55].

Las anteriores son apenas algunas de las interrogantes que nos hacemos en el presente estudio y que están ligadas a la temporalidad de la subjetividad jurídica de la persona natural. A ellas nos referimos en la introducción de este trabajo, constituyendo así la problemática fundamental que plantea el título de nuestra tesis.

2.2 *LA VIDA*

El término "vida" ciertamente presenta varias acepciones entre las que puede citarse el espacio de tiempo que transcurre entre el nacimiento y la muerte de un ser vivo[56].

La expresión "vida" tiene una connotación positiva al margen de su significado semántico. Así aun cuando no se utilice como opuesto al término muerte, puede también significar energía o vitalidad, así como suele asociarse en forma sustancial a cualquier manifestación de existencia[57] o actividad de un ser[58]. Ese sentido figurado de la palabra "vida"

---

[55] Caló, Emanuele: *Nuevos derechos y autonomía de la voluntad.* Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2000, p. 103.

[56] Véase: *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, 1992, Tomo II, p. 2087, Se lee entre otros en relación al término "vida": Estado de actividad de los seres orgánicos, unión del cuerpo y del alma, duración de la cosas, fuerza o actividad interna sustancial mediante la que obra el ser que la posee.

[57] Solemos escuchar que no se tiene vida útil para denotar la inutilidad de algo o alguien, así como se usa el término como sinónimo de expresiones relacionadas a la existencia: de por vida, mala vida, ganarse la vida (*ibid*., pp. 2087 y 2088).

[58] La doctora Mabel Zambrano, define la vida como "el estado de actividad de un ser orgánico" (consulta realizada el 3-12-05, MSDS N° 89.129, Médico Universidad Central de Venezuela Valencia).

de alguna manera se proyecta en el ámbito del Derecho, porque esa energía vital que aleja al hombre de la muerte es la que le concede personalidad o subjetividad jurídica.

Reflexiona Fernández de Buján sobre la vida y nos dice que la vida ha dejado de ser identificada con una serie de actos espontáneos para transformarse en aquello por lo cual persiste, subsiste y resiste. La vida debe ser esencialmente identificada con aquello que resiste a lo que intenta destruirla que es la *muerte*. Sea lo que fuere la vida y traiga su origen en una u otra causa, puede afirmarse que, en todo caso, la vida en cuanto que es, aspira *per se* por su propia naturaleza, a ser y pretende ser sin fin. La vida es un ahora inacabado que abarca el pasado y también el porvenir[59].

La noción de persona natural o humana se encuentra indisolublemente asociada a la noción de "*vida*", porque es ésta la que determina su existencia jurídica. La persona corporal existe legalmente en tanto tenga "vida". De allí la ferviente protección que han establecido los diversos ordenamientos jurídicos a favor del más importante de todos los derechos del sujeto individual.

La vida constituye uno de los valores y derechos más preciados para el orden legal. Esto porque la misma se presenta como presupuesto de la personalidad jurídica del ser humano y a la vez constituye el derecho más importante de la persona pues sin éste pierden sentido todos los demás.

La vida ha sido vista entonces como el "germen" de todos los derechos y en razón de su prioridad, la vida debe tener un lugar considerablemente superior o especial en el elenco de los derechos de la persona[60]. Fernández de Buján refiere que el reconocimiento de la dignidad humana como principio básico permite descubrir el fundamento de la protección legal a la vida[61]. Con toda razón el citado autor titula su obra "*La vida: principio rector del Derecho*". Si existe algún derecho o valor que ciertamente debe protegerse al margen de cualquier consagración

[59] Fernández de Buján, *Ob. Cit.,* p. 53. (Destacado nuestro).
[60] *Ibid*., p. 117.
[61] *Ibid*., p. 156.

legal porque el mismo es fundamento de todo sistema jurídico y base del resto de los derechos de la persona, ese es precisamente, la vida.

La vida o existencia humana que determina la vigencia de la personalidad suele verse también como "derecho" de la persona. Si fuese posible establecer una jerarquía de los derechos diríamos que la vida constituye ciertamente el más importante. Dice Diez Díaz que es el principal de todos los derechos, pues el derecho a vivir es condición sine qua non para poder contar con otros futuros derechos[62]. Refiere acertadamente Kraut que "sin vida pierde sentido hablar de los restantes derechos"[63]. Para Puig Peña, la vida es el principio de todos los derechos humanos y el presupuesto necesario que hace posible los mismos[64]. Pues como expresivamente indica Morello "¡Cuántas veces mentamos la jerarquía y el señorío de la vida humana!"[65]. De allí que entre los derechos de la personalidad, llamados con razón derechos esenciales, ninguno lo es tanto como la vida[66]. Esta se considera derecho inviolable bajo todo concepto y es algo tan íntimamente ligado a la existencia humana, que se rechaza cualquier acto que la perturbe. Todo orden jurídico debe proteger la vida como valor primordial y fundamental del sistema. Nuestra normativa la protege desde distintas perspectivas, bien sea constitucional[67], penal[68], civil[69] y a través de Instrumentos Internacionales[70]. De allí que infinitas sean las líneas que se han escrito sobre este derecho fundamental pues privar a la persona del más importante de los derechos, es suprimirle su subjetividad jurídica.

Se presenta así la vida simultáneamente como presupuesto de la personalidad humana; como derecho y como principio, como valor y como

---

[62] Diez Diaz, Joaquín: *Los Derechos Físicos de la Personalidad Derecho Somático*. Madrid, edit. Santillana, 1963, p. 79.

[63] Kraut, Alfredo Jorge: *Los Derechos de los Pacientes*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 64.

[64] Puig Peña, Federico: *Introducción al Derecho Civil Español Común y Foral*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1987, Vol. I, p. 327.

[65] Morello, Augusto M.: *El Derecho en la vida*. La Plata, Librería Editorial Platense, 2002, p. 21.

[66] Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil Español Común y Foral*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955, Tomo I, Vol. II, p. 754. Véase igualmente: Hung Vaillant, Francisco: *Derecho Civil I*. Caracas-Venezuela-Valencia, Vadell Hermanos Editores, 2ª edic., 2001, p. 171.

[67] Véase artículo 43 de la Constitución.

[68] Véase arts. 405 y ss del Código Penal.

[69] Véase art. 1.196 del Código Civil (CC)

[70] Véase entre otros: art. 3 de la Declaración de Derechos Humanos; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José.

fin. Una de las finalidades del orden jurídico es preservar la "vida" porque su término destruye la personalidad jurídica del ser humano y ello se traduce en la extinción de la existencia humana en el ámbito del Derecho.

La doctrina suele hacer en este sentido una diferencia entre el derecho a "vivir" de la persona, la cual ha nacido con vida y el derecho a la "vida" del concebido o ser que está por nacer. Concluyendo que el derecho a "vivir" como derecho de la personalidad sólo es predicable respecto de la persona propiamente dicha, en el sentido de que su violación tiene lugar cuando se le priva a una persona su derecho a seguir viviendo; en tanto que la protección a la vida del concebido tiene lugar en homenaje a la existencia natural que origina la concepción y a la proyección de una personalidad futura. Tal distinción entre la *persona* y el *concebido*, marca la diferencia de tratamiento jurídico entre el *homicidio* y el *aborto*, respectivamente[71].

Se ha precisado así desde el punto de vista técnico que el concebido por no tener personalidad todavía no es titular del derecho a "vivir", aun cuando evidentemente el orden legal tienda a proteger su "vida" o existencia natural porque ha tenido lugar la concepción[72].

La Roche hace una consideración interesante al referirse a la extensión del "derecho a la vida": antes que todo, y como enunciado previo, señala que no puede darse un derecho privado a obtener la vida; la persona, una vez que ya es persona, tiene consagrado ese derecho a vivir, pero no podemos hablar de que contaba con un "derecho a nacer". Esta afirmación parece peligrosa y contradictoria con el principio establecido en nuestra legislación de protección al *nasciturus*, pero tal como está formulada es rigurosa y jurídicamente cierta, en efecto, no puede pretenderse un derecho a la vida quien no es sujeto de derecho, pues

[71] Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: I*nnovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad*. En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 119, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 25 y 26; Domínguez Guillén, María Candelaria: *Aproximación al estudio de los Derechos de la personalidad*. En: Revista de Derecho N° 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 127-129. Véase al respecto: Cifuentes, Santos: *Derechos personalísimos*. Buenos Aires, edit. Astrea, 2ª edic., 1995, p. 232: Cifuentes, Santos: *Elementos de Derecho Civil*. Buenos Aires, edit. Astrea, 2ª edic., 1991, p. 55.
[72] Véase *infra* Nos II.2.1 y II.4.1.2.

para serlo se necesita nacer. En otras palabras, el derecho a la vida depende del hecho fisiológico de vivir sin que podamos concebirlo como una solicitud a vivir, si no hay titular no hay referencia a sus derechos[73]. El aborto se sanciona como vulneración del derecho a la vida y nunca como vulneración de su derecho a nacer[74].

El Tribunal Constitucional Español ha indicado que la protección del *nasciturus* puede considerarse incluida dentro la norma del artículo 15 de la Constitución Española que consagra la protección del derecho a la vida[75]. Se indica así que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana[76]. Refiere el Tribunal Constitucional Español que **"*el nasciturus no es, en sentido estricto, titular del derecho a la vida*"**[77], pues aun cuando el artículo 15 de la Constitución Española señale que todos tienen derecho a la vida, el feto no puede tener un derecho a la vida con carácter absoluto[78]. Sin embargo, la protección del *nasciturus* en tal orden constitucional se ha sostenido con base al citado artículo 15 de la Constitución Española porque debe admitirse que dicha norma protege la vida y ha de incluirse la vida humana en formación porque constitucionalmente merece protección; se admite que la expresión "*todos*" tienen derecho a la vida, constituye una fórmula abierta que se estima suficiente para basar en ella la defensa del *nasciturus o concebido*[79]. En el mismo sentido, vale citar a la Corte Constitucional colombiana al indicar que el *nasciturus* no es persona pero tiene derecho a la vida, por la

[73] La Roche, *Ob. Cit.,* p. 234.
[74] *Ibid*., p. 237. En el mismo sentido, véase: García Amigo, quien indica que el feto no es persona (García Amigo**,** Manuel: *Instituciones de Derecho Civil.* Madrid, Editoriales de Derechos Reunidas, S.A., 1979, p. 307).
[75] Véase: Rubio Llorente, Francisco: *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial).* Barcelona, edit. Ariel S.A., 1995, pp. 139 y ss. Véase también: Portero Molina, José Antonio: *Constitución y Jurisprudencia Constitucional (Selección).* Valencia, Tirant Lo Blanch, 4ª edic., 2000, pp. 80-85.
[76] STC 53/1985, del 11 de abril, FJ 5°, citado en: Rubio Llorente, *Ob. Cit.,* p. 141.
[77] En el caso indicado se está considerando la expresión "*nasciturus*" como sinónimo de "concebido" o "*conceptus*" y **no** de "por concebir" o "*concepturus*".
[78] STC 53/1985, del 11 de abril, FFJJ 6° y 7°, citado en: Rubio Llorente, *Ob. Cit.,* pp. 142 y 143.
[79] STC 53/1985, del 11 de abril, FJ 5°, citado en: Rubio Llorente, *Ob. Cit.,* p. 143, se concluye "En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental" (*ídem*). Véase también: Portero Molina, *Ob. Cit.,* pp. 81 y 82.

esperanza de su existencia como persona que requiere la especial protección del Estado[80].

Si aplicásemos la extensión que ha hecho el Tribunal Constitucional Español de considerar aplicable el artículo relativo a la vida[81] al caso del *concebido*, diríamos que la protección de éste podría tener lugar en un sentido amplio en razón del artículo 43 de la Carta Fundamental[82]. Sin embargo, tal afirmación no nos parece técnicamente correcta pues nosotros preferimos como ya explicamos, deslindar el derecho a vivir, consagrado en el citado artículo 43 de la Constitución que le corresponde a la persona[83], del derecho a la vida del concebido consagrado en el artículo 76 *eiusdem* y que a su vez se desprende del propio orden constitucional[84].

Al efecto indica de una manera expresiva Rodríguez Ramos que si bien se ha reiterado *ad nauseam* que la vida existe desde la concepción, son razones humanas (que no humanitarias), sociales o culturales las que señalan el fatídico día del nacimiento jurídico de la persona. Es a partir de entonces cuando cobran vigor los mecanismos que la ley estatuye para la defensa de la vida humana, de la persona considerada jurídicamente como tal. Antes de este instante, si la vida humana recibió algún género de tutela jurídica, no fue en calidad de persona jurídicamente reconocida[85]. Se aprecia así, que si bien el orden jurídico se orienta en principio por la ciencia médica, en algunos aspectos quedará a cada ordenamiento legal asumir la concepción técnica que conforma el concepto de "persona", de tal suerte que la personalidad humana –según veremos– supone a la luz de nuestro Derecho vigente el nacimiento con vida.

---

[80] Sentencia de la Corte Constitucional del C-133 de 17, III, 1994, publicada en Semanario del Derecho y la Justicia, num. 10, abril de 1994, pp. 375 y ss. Citado por: Parra Benítez, Jorge: *Manual de Derecho Civil (Personas, Familia y Derecho de menores).* Colombia, edit. Temis, 4ª edic., 2002, pp. 105 y 106. Ciertamente la expresión "*nasciturus*" igualmente se está asimilando a "concebido".

[81] El citado artículo 15 de la Constitución Española.

[82] Que consagra; "***El derecho a la vida es inviolable.*** *Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier forma*". (Destacado nuestro).

[83] Es decir al ser humano que ha nacido vivo, de conformidad con el artículo 17 del Código Civil.

[84] Véase *infra* N° II.4.1.2.

[85] Rodríguez Ramos, Antonio Manuel: *La ceguera del Legislador a la luz de la genética.* Ensayos de Derecho Privado N° 1. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 44 y 45.

En el presente estudio, trataremos la problemática de la "vida" de la "persona", a saber, la atribución de personalidad al ser humano que ha nacido vivo, es decir, que ha vivido fuera del claustro materno. De tal suerte que la referencia al concebido o ser que todavía no ha nacido con vida será tomada incidentalmente[86] a los fines de diferenciar su existencia natural de la existencia legal de la persona. Pues como veremos, somos del criterio que el concebido no es persona[87] porque la personalidad en el derecho actual venezolano la otorga el nacimiento con vida de conformidad con el artículo 17 de nuestro Código Civil[88].

Veremos que la discusión sobre la situación jurídica del concebido y la minoritaria pretensión de algún sector doctrinario de equipararlo a la persona[89], ciertamente no encuentra mayor soporte a la luz de nuestro Derecho Vigente. Igualmente la afirmación de que debe considerarse "arcaico y desfasado" el concepto de persona que ofrece el Código Civil según el cual, la personalidad civil viene determinada por el nacimiento y se extingue con la muerte[90], obviamente también precisaría de un riguroso examen jurídico que no se resuelve con el remanido status del concebido[91]. No obstante, lo que pueda acontecer jurídicamente en un futuro en torno a los límites temporales del ser humano, obviamente es una historia aun no escrita.

[86] Amén, que como indicarámos en la "*Introducción*", dicho tópico y sus variantes excederían el presente estudio y ameritarían una tesis autónoma.
[87] Véase *infra* N° II.4.1.3.
[88] Véase *infra* N° II.2.2.1.
[89] Véase *infra* N° II.4.1.3.
[90] Véase realizando tal consideración: Alegre Martínez, Miguel Angel y Oscar Mago Bendahán: *Derechos de la personalidad y derecho de los daños morales. Una visión de derecho comparado desde la transdisciplinariedad y el Derecho Constitucional.* Caracas, Venezuela/León, España, Constitución Activa, Brebarios de Nuevo Derecho, 2007, p. 67, los autores llegan inclusive a sostener que "Este concepto arcaico y desfasado de *persona* que ofrece el Código Civil, diseñado fundamentalmente para regular la seguridad del tráfico jurídico, debe considerarse no sólo superado, sino derogado" en virtud de la Constitución Española, punto tercero de la Disposición Derogatoria.
[91] Véase: *ibid*., p. 68, los autores agregan que en lo que se refiere al inicio de la persona, "la única manera de salvar la constitucionalidad del artículo 29 del Código Civil español que indica que el nacimiento determina la personalidad podría ser contemplarlo con el siguiene inciso que indica que "el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que sean favorables.... Consideramos en suma, que no existe razón alguna que justifique esa diferencia (claramente incompatible con la Constitución) entre nacidos y no nacidos que el Código Civil establece inicialmente". Por nuestra parte, pensamos como veremos –*infra* N° II.4.1– si bien la Carta Magna venezolana protege al concebido (artículo 76), en modo alguno con base a ésta, cabe atribuirle el carácter de persona, toda vez que la protección a la vida del feto no supone la concesión de personalidad.

Paralelamente la pérdida de la vida de la persona, es decir, la muerte, como es natural, pone punto final a la existencia jurídica del ser humano. De allí que como veremos, la protección a la personalidad pretérita tiene sentido en función del respeto que merece el recuerdo o la memoria de quien fue persona.

Si se aprecia detalladamente las ideas anteriores, vemos que los límites que definen la personalidad humana a nivel jurídico, serán el nacimiento con vida y la muerte, y a ellos fundamentalmente nos dedicaremos. Esto pues existen otros hechos o problemas interesantes relacionados con el objeto principal de nuestro estudio, tales como el inicio de la vida natural (concepción) o problemas álgidos que rodean la muerte (eutanasia) que ciertamente escapan de nuestro trabajo, no obstante las referencias bibliográficas que haremos en su oportunidad. Temas éstos cargados de profunda discusión y marcados por la *bioética*[92], a saber, por principios

---

[92] Véase sobre la bioética: Andorno, *Ob. Cit.,* pp. 19-51; D´Agostino, Francesco: *Bioetica*. *Nella prospettiva della filosofia del diritto*. Torino, G. Giapichelli Editore, Terza edizione, 1998; Garza, Raúl: *Bioética.* México, Trillas, 2000; Jonas, Hans: *Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de la responsabilidad*. España, edit. Paidos Básica, 1997. Trad. Carlos Fortea Gil, pp. 33-39; Gafo, Javier: *10 palabras claves en Bioética*. España, edit. Verbo Divino, 5ª edic., 2000, pp. 11-40; Romeo Casabona, Carlos María: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994; Casado, María: *Bioética, derecho y sociedad.* Madrid, edit. Trotta, 1998; Mateo, Ramón Martín: *Bioética y Derecho*. Barcelona, edit. Ariel S.A., 1987; Frosini, Vittorio: *Derechos Humanos y Bioética*. Santa Fé de Bogotá, edit. Temis, 1997, pp. 75 y 76; Melendo, Tomás: *Dignidad humana y bioética*. Pamplona, EUNSA, 1999; Atienza, Manuel: *Juridificar la bioética*: Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas. Rodolfo Vázquez (compilador). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 64-91; Parra Tapia, Ivonne K.: *Algunas consideraciones ético-filosóficas sobre Bioética*. En: Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social. Libro Homenaje a José Manuel Delgado Ocando. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, Colección Libros Homenaje N° 4, 2001, Vol. I, pp. 489-508; Casado, María: *Hacia una concepción flexible de la bioética*. En: Estudios de Bioética y Derecho. María Casado (comp.). Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 21-34; Sádaba, Javier: *La necesidad de la bioética. Repensar al sujeto*. En: Estudios de Bioética y Derecho. María Casado (comp.). Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 35-49; Lenoir, Noëlle: *L´Europe, Le Droit et la Biothique*. En: Héctor Gros Espiell. Amicorum Liber. Bruylant Bruxelles, 1997, Vol. I, pp. 641-666; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N.: *Bioderecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; Garzón Valdés, Ernesto:*¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?.* En: Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas. Rodolfo Vázquez (compilador). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 42-63; Arias de Ronchietto, Catalina Elsa: *Persona Humana, ingeniería Genética y procreación Artificial. Horizontes, atajos, principios y trincheras de nuestro tiempo*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, pp. 28 y 29; Hooft, Pedro Federico: *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999, pp. 3-47; Sommer, Susana E.: *Genética, Clonación*

éticos orientados por el respeto a la *vida humana* en un sentido amplio[93]. De allí que en las siguientes líneas nos dirigimos fundamentalmente a la "*vida"* existente entre el nacimiento y la muerte.

2.3 *COMIENZO Y FIN DE LA PERSONALIDAD HUMANA*

El artículo 22 del Código Civil mexicano dispone que *la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte*[94]. Por lo que nacimiento y muerte constituyen el principio y el fin de la personalidad jurídica individual"[95]. La capacidad jurídica o personalidad se adquiere con el nacimiento y termina con la muerte[96]. Siendo que la doctrina ha precisado que toda persona por el solo hecho de serlo tiene personalidad y capacidad jurídica o de goce, al punto que algunos autores asimilan tales nociones[97], es obvio concluir

y Bioética ¿Cómo afecta la ciencia nuestras vidas?. Argentina, edit. Biblos, 1998, pp. 19 y 20; Videla, Mirta: *Los derechos humanos en la bioética*. *Nacer, vivir, enfermar y morir*. Buenos Aires, Ad-hoc S.R.L., 1999; Rodrígues Vieira, Tereza: *Bioetica e Direito.* Sao Paulo, Ediciones Jurídicas Brasilera, 1999; Milani-Comparetti, Marco: *Elementos de Bioética para las Ciencias Biológicas*. En: Elementos para la enseñanza de la Bioética. Bogotá, Colección Bíos y Ethos 5, Ediciones El Bosque, 1998, pp. 13-111; Bertoldi de Fourcade, María Virginia: *Bioética y Derecho Civil*. XVI Jornadas de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. En: http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co9p03.html; Casado González, María: *¿Por qué Bioética y Derecho?*. En: http://www.monografias.com/trabajos904/bioetica-derecho-relacion/bioetica-derecho-relacion.shtml; Hooft, Pedro Federico: *Bioética y jurisprudencia*. En: http://www.monografias.com/trabajos904/bioetica-jurisprudencia-medicalizacion/bioetica-jurisprudencia-medicalizacion.shtml; Báez, Carlos: *Bioética*. En: http://www.monografias.com/trabajos17/bioetica-y-clonacion/bioetica-y-clonacion.shtml; D´Empaire, Gabriel: *¿Qué es la bioética?*. En: Asociación de Bioética Clínica. Caracas, 1997, http://www.bioetica.org.ve/fixed.htm

[93] Nos referimos a la "vida" inclusive antes del nacimiento, así como a situaciones que exceden el tema de la muerte, como la eustanasia.

[94] Véase http://comprasep.sep.gob.mx/marco_J/Codigos/ccivilfram.htm, la norma agrega: "pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código". Véase en el mismo sentido: CC Cuba, artículo 24, *La personalidad comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte,* http://cubanet.org/ref/dis/civil_1.htm; CC Guatemala, artículo 1 (http://www.mintrabajo.gob.gt/varios/compendio_leyes/codigo_civil)

[95] Soto Alvarez, Clemente: *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*. México, Limusa Noriega Editores, 3ª edic., 1998, p. 83.

[96] Barassi**,** Ludovico: *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona, José María Bosch editor, 1955, Vol. I. Trad. Ramón García De Haro De Goytisolo, pp. 47 y 55. En el mismo sentido: Gomis, José y Luis Muñoz: *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. México, s/edit., 1942, T. I, pp. 203 y 207; De Buen, Demófilo: *Derecho Civil Español Común*. Madrid, edit. Reus, 1930, pp. 70 y 71.

[97] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos*..., pp. 3-8. La capacidad jurídica o de goce, se diferencia de la capacidad de obrar o de ejercicio, la cual en las personas naturales no se tiene por el solo hecho del nacimiento vivo, pues se requiere para disfrutarla no estar afectado por una de las causas que la afectan, tales como la edad, la salud mental, la prodigalidad, etc.

que la capacidad de goce es simultánea a la subjetividad jurídica. Y así por ejemplo, la capacidad de ser parte en un proceso viene determinada por la personalidad que coincide con el nacimiento[98].

En el Derecho venezolano no contamos con una disposición como la citada, pero ésta es innecesaria porque del examen de nuestro sistema de derecho se llega a la misma conclusión. Los derechos del individuo nacen con él y se extinguen con su muerte[99]. El nacimiento y la muerte marcan los límites de la existencia humana por el mundo jurídico: entre uno y otro extremo existe el hombre como sujeto de derecho.

La personalidad humana está comprendida entre dos fechas, entre dos acontecimientos que señalan los límites extremos de la persona, el comienzo y el fin[100]. El sujeto existe a los ojos de la ley, solamente si resulta ante todo el hecho del nacimiento mismo, puesto que el nacimiento es el fundamento y el inicio de existencia del sujeto y de su personalidad. Por tanto, la existencia del sujeto coincide y comienza con el nacimiento[101]. Si por el nacimiento[102] la persona adquiere la personalidad, por la muerte se produce su pérdida o extinción[103]. La personalidad jurídica acompaña al sujeto durante su existencia y es solamente con la muerte que desaparece respecto de las personas físicas[104].

La persona natural inicia su existencia con el nacimiento vivo y lo culmina con la muerte; en dicho ínterin será sujeto de derecho y tendrá personalidad; la persona jurídica en estricto sentido existe en el mundo del derecho mientras las formas jurídicas que el propio ordenamiento ha previsto le permitan desenvolverse en un plano ideal[105].

---

[98] Sentencia española del 23 de octubre de 1995, citada por Cobo Plana, Juan José: *Compendio de Jurisprudencia Civil*. Derecho Civil. Parte General. Madrid, Dikinson, 1997, p. 42.
[99] Grisanti, Carlos F. *Estudio Jurídico*. Caracas, Empresa El Cojo, 1916, p. 52.
[100] Josserand, Louis: *Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, T. I, Vol. I, p. 171.
[101] Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1954, T. II, p. 90.
[102] Nos referimos como veremos *infra* N° II.2.2. al nacimiento con vida.
[103] Moro Almaraz, María Jesús e Ignacio Sánchez Cid: *Nociones básicas de Derecho Civil.* Madrid, edit. Tecnos, 1999, p. 138. Véase también: Albaladejo, *Ob. Cit.,* p. 213.
[104] Pérez Vargas, *Ob. Cit.,* p. 10.
[105] Domínguez Guillén, *La persona*..., p. 345.

Así pues, comenta Hattenhauer, que existe unanimidad acerca de los límites temporales de la persona pues el Derecho sólo se refiere exclusivamente al hombre que, como ciudadano construye su mundo aquí. Así, el hombre no era persona más que en su vida corporal entre el nacimiento y la muerte[106]. La pregunta de dónde viene el hombre antes de nacer y a dónde va, en su caso, después de morir, no le interesa al Derecho como objeto de su ciencia[107].

Así pues según indicamos[108], el ser humano tiene personalidad jurídica mientras tenga vida. La vida constituye un misterio para el hombre[109] desde su origen hasta su fin; ese misterio se proyecta desde el punto de vista jurídico porque mientras se disfruta de ésta se es sujeto de derecho.

La existencia jurídica del ser humano viene determinada por su vida; mientras el ser humano tenga vida será persona. Sin embargo, como veremos[110] el concebido, si bien tiene vida desde el punto de vista de existencia humana no tiene propiamente personalidad hasta que nazca vivo de conformidad con el artículo 17 de nuestro Código Civil. Así pues aun cuando se exista como ser humano dentro del claustro materno, sólo se existe como persona y se tiene personalidad jurídica cuando se atraviesa el umbral entre la madre y el exterior y adicionalmente se respira una vez afuera. Se dice entonces que el ser nació con vida y sólo en tal circunstancia habrá adquirido la condición de persona; ese *status* de persona la conservará el ser humano hasta el día de su muerte. Así como adquirió su condición de persona con el nacimiento vivo, desaparecerá del mundo del derecho cuando cesen *definitivamente* sus funciones vitales o cuando su actividad cerebral desaparezca en forma *irreversible*[111].

Se encuentra así la personalidad jurídica del ser humano estrictamente limitada a dos hechos biológicos que se traducen en los dos *hechos*

---

[106] Hattenhauer, *Ob. Cit.,* p. 16.
[107] *Ibid*., pp. 16 y 17.
[108] Véase *supra* N° I. 2.2.
[109] Refiere Fernández de Buján que sólo el hombre sabe que vive y además sabe que muere. Por eso entre el nacimiento y la muerte, surge para cada hombre el problema de su vida. (Fernández de Buján, *Ob. Cit.,* p. 50). La vida humana además es la única vida creadora, la creatividad es la auténtica diferencia entre la vida humana y cualquier otra clase de vida (*ídem*).
[110] Véase *infra* N° II.4.1.
[111] Véase: Lehmann, Heinrich: *Tratado de Derecho Civil*. Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1956, Vol. I., Trad. José María Navas, p. 585, señala el autor que el nacimiento y la muerte requieren de la ciencia médica.

jurídicos[112] más importantes para el ser humano: nacimiento con vida y muerte. Se es sujeto de derecho mientras estemos en el ínterin del nacimiento y la muerte; durante ese espacio de tiempo el ser humano es sujeto potencial de deberes y derechos. Antes del nacimiento sólo somos una esperanza de vida, tal vez una simple expectativa; después de la muerte, seremos un recuerdo o simplemente un cadáver. El respeto a una personalidad pretérita no hace revivir la subjetividad de quien fue persona. La importancia de la "*vida*" se presenta no sólo como un misterio para el hombre o como el más importante de sus derechos o valores sino como el presupuesto necesario de su condición de persona o sujeto jurídico.

Vale indicar que los presupuestos que marcan o delimitan la subjetividad o personalidad jurídica del ser humano en el ordenamiento jurídico, se presentan a nuestro criterio, como de orden público, y en consecuencia están sustraídos del principio de la autonomía de la voluntad[113] que rige generalmente el ámbito del Derecho Civil patrimonial. En efecto, el inicio y el fin de la existencia jurídica de la persona natural lo determina única y exclusivamente la ley; se trata de una materia de extrema importancia que define los límites de la subjetividad en Derecho y que en modo alguno podría quedar a la discrecionalidad de los particulares. Esto es, no podría alguien en razón de su personal voluntad concederle

[112] El hecho jurídico es un hecho natural que el orden legal le atribuye consecuencias jurídicas. Al hecho jurídico del nacimiento vivo la ley le atribuye como consecuencia la personalidad y al hecho jurídico de la muerte la pérdida de la misma. Véase respecto al hecho jurídico: Parra Aranguren y Serrano, *Ob. Cit.,* p. 61: "Hecho es todo suceso acaecido en la realidad. Si este suceso puede ser subsumido en el supuesto de hecho de una norma jurídica, y, por ende, se le imputan consecuencias jurídicas, se le denomina hecho jurídico. A primera vista, surge una clasificación del hecho jurídico según intervenga, o no, en su origen la voluntad. Es indudable la existencia de hechos cuyo origen no puede ser hallado en la voluntad del hombre y, no obstante, producen efectos jurídicos: el nacimiento o la muerte de un individuo, la mutación del cauce de un río, etc. Al lado de éstos, encontramos hechos generadores de consecuencias jurídicas resultado de la voluntad del hombre: la celebración de un contrato. Los primeros reciben el nombre de *hechos jurídicos sensu stricto*; los segundos son denominados *actos jurídicos*". Véase también, nuestros comentarios en: *El Estado Civil*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 393 y 394.

[113] Véase artículo 6 del Código Civil que prevé: "*No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres*". Véase sobre éste: Madrid Martínez, Claudia: *Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días. En*: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 371-399.

la condición de persona a un ser que según el ordenamiento legal no la detenta; así por ejemplo, no podría un testador disponer que el feto que no llegare a ser persona sucedería o participaría en su herencia o que la apertura de la sucesión no vendría determinada por la muerte del difunto. Se trata de momentos cruciales en la determinación de la personalidad que escapan de la voluntad de los particulares. Así pues, en nuestro concepto, los límites temporales de la subjetividad humana constituyen materia de orden público.

En los capítulos siguientes nos dedicaremos a analizar los problemas jurídicos que pueden presentarse tanto en lo atinente al comienzo de la personalidad humana a través del nacimiento con vida, como a la extinción de la misma, cuando acontece la muerte.

Capítulo II

El inicio de la personalidad jurídica del ser humano

1. GENERALIDADES

La personalidad según indicamos se presenta como la aptitud para ser persona, es decir, la aptitud, idoneidad o cualidad para ser titular de deberes y derechos. Y según precisamos la "persona" o sujeto de la relación o situación jurídica es el "ente" en tanto que la "personalidad" es la "aptitud"[114]. El ser humano por su necesaria e innata condición de sujeto tiene personalidad jurídica[115].

La determinación del momento exacto en que se adquiere la personalidad es fundamental porque a partir de tal instante se es persona o sujeto de derecho, y en consecuencia se será titular de deberes y derechos.

---

[114] Véase *supra* N° I.1.2.

[115] Véase *supra* N° I.1.1. Ahora bien, es esencial determinar según el ordenamiento jurídico de que se trate en qué momento comienza la personalidad del hombre. Es decir, se presenta como fundamental precisar cuándo el ser humano comienza a tener la aptitud para ser titular de deberes y derechos, y en consecuencia tiene personalidad jurídica.

Tal precisión marca la existencia jurídica del ser humano con todas las consecuencias y efectos que ello conlleva.

Los diversos ordenamientos jurídicos presentan distintas posturas, que varían según la teoría que se adopte en torno al comienzo de la personalidad[116]. Así, aun cuando se considere que el nacimiento es la salida del nuevo ser del claustro materno se podrá distinguir si la personalidad comienza a partir de que el ser respire (vitalidad), que tenga aptitud para seguir viviendo (viabilidad), que tenga figura humana, que haya superado las primeras veinticuatro horas de nacido, etc.

Veremos inmediatamente, las distintas teorías que se han desarrollado a los fines de considerar el momento inicial que marca la existencia de la personalidad jurídica del ser humano en el Derecho venezolano.

2. TEORÍAS SOBRE EL COMIENZO DE LA PERSONALIDAD DEL SER HUMANO

En torno a la determinación del momento en que principia la personalidad jurídica del ser humano han surgido diversas teorías; básicamente la de la "*concepción*" y las del "*nacimiento*", presentando a su vez ésta última diversas variantes. Algunos aluden a una tercera posición *ecléctica*. Vamos a continuación a referirnos a cada una de ellas.

2.1 *TEORÍA DE LA CONCEPCIÓN*

Los partidarios de la teoría de la concepción consideran que la vida humana independiente comienza en el momento de la concepción. Al respecto se entiende por concepción el instante en que se fusionan las células sexuales masculinas y femeninas[117]. Implica el desarrollo de un nuevo ser en razón de la fecundación de la célula germinal femenina por la masculina[118]. A partir de ese instante se inicia la "vida" o existen-

[116] Véase *infra* N° II.2.

[117] Véase: Navas de Motta, Teresa y Joaquín Fernando Motta Navas: *Incidencia de la medicina legal en el Derecho Civil colombiano*. Bogotá D.E., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 1990, p. 13, la concepción tiene lugar cuando el óvulo femenino es fecundado por el espermatozoide o elemento masculino.

[118] Abelenda, César Augusto: *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires, edit. Astrea, 1980, T. I, p. 217, se denomina concepción el hecho biológico consistente en que el óvulo materno, elemento femenino de la generación, recibe el impulso fecundante del esperma, que es el elemento masculino de ella. Agrega el autor que la expresión "concepción" es común o vulgar más que científica pues para designar aquel hecho se utiliza el término técnico de "fecundación" (*ídem*, nota, 56).

cia natural, y estamos en presencia de un *conceptus* o concebido[119]. Los médicos consultados coinciden en sostener que es un hecho indudable el inicio de la vida a partir del instante mismo de la concepción[120].

La vida ciertamente existe antes del nacimiento y al respecto se pregunta Augusto León: ¿Constituye el nacimiento el comienzo de la vida humana?. A lo que responde el autor que "El feto, un día antes del nacimiento y el niño un día después de nacido no difieren cualitativamente. Se habla de la dependencia del feto y de la independencia del niño para restarle importancia al primero, pero la calidad de independiente atribuida al recién nacido es de extrema relatividad, ya que por largos períodos dependerá de la madre y de otras personas para poder sobrevivir"[121].

Señala Gustavo Contreras, que los partidarios de la teoría de la concepción se apoyan en el razonamiento de que si no fuese esto cierto, no se le brindaría el auxilio legal estipulado a su favor, considerada en sí misma, ya que además de prestarle a la madre embarazada protección legal, también se le brinda al producto de ese embarazo, al feto, desde un punto de vista penal, laboral (hacia la madre) y civil (se reputa como nacido cuando se trate de su bien)[122].

Refiere la doctrina que la presente teoría no ha sido acogida por el Derecho Positivo por la gran dificultad que existe en determinar el momento de la concepción[123]. A los fines de lograr una aproximación del período en que tuvo lugar la concepción el legislador venezolano ha establecido una presunción *iuris tantum* en el artículo 213 del Código Civil[124].

---

[119] Al concebido nos referiremos *infra* N° II.4.1. Véase: Navas de Motta y Motta Navas, *Ob. Cit.,* p. 13, indican que la concepción es la primera manifestación biológica de la vida.
[120] Véase *infra* N° II. 4.1.1.
[121] León C., Augusto: *Aspectos bioéticos relacionados con el comienzo y el valor de la vida humana*. En: Revista de la Facultad de Medicina, Vol. 23, N° 2, julio 2000, pp. 78-84, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S0798-04692000000200002&script=sci_arttext&tlng=es
[122] Contreras Briceño, Gustavo: *Manual de Derecho Civil I Personas*. Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 5ª edic., p. 1987. p. 87. Sobre la protección al concebido, véase *infra* N° II.4.1.2.
[123] Véase: Aguilar Gorrondona**,** *Ob. Cit.,* p. 50; Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* p. 85; Graterón Garrido, Mary Sol: *Derecho Civil I. Personas.* Caracas, Fondo Editorial USM, 2000, pp. 52 y 53.
[124] Que prevé: "*Se presume, salvo prueba en contrario que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintiún (121) días de los trescientos (300) que preceden al día del nacimiento*". Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *El cálculo de la concepción*. En: Revista de Derecho N° 24. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp. 63-96.

No obstante consideramos que el problema de la presente teoría radica, más que en la determinación del momento cierto de la concepción, –aunque la misma fuese posible debido a grandes avances científicos como la fecundación artificial–, en que confunde como bien señala Contreras, la existencia natural (concepción) con el inicio de la personalidad legal (nacimiento)[125]. Igualmente la doctrina extranjera es clara al indicar que con la *concepción* comienza la *existencia natural* del ser humano y con el *nacimiento vivo* principia la *existencia legal* que da lugar a la *personalidad*[126]. Existencia natural y existencia jurídica o legal, se corresponden así con dos hechos diversos, a saber, concepción y nacimiento vivo, respectivamente[127].

---

[125] Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* pp. 87 y 88.

[126] Véase en este sentido: Pescio, Victorio: *Manual de Derecho Civil*. Chile, edit. Jurídica de Chile, 2da edic., 1958, p. 19; Parra Benítez, Jorge: *Manual de Derecho Civil. (Personas, Familia y Derecho de Menores)*. Colombia, edit. Temis, 3ª edic., 1997, p. 88; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga*: Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile, edit. Nascimento, 3ª edic., 1962, T. II, Parte General., p. 131; Navia Arroyo, Felipe: *El "nasciturus" a la luz del Código Civil colombiano*. En : La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, p. 291; Rojas González, Germán: *Manual de Derecho Civil*. Bogotá, Ecoe Ediciones, 2001, p. 56. Comenta al respecto Naranjo Ochoa: "La existencia de la vida humana puede ser biológica y legal. La primera surge desde la concepción, la segunda sólo con el nacimiento, esto es, con la separación completa de la madre". (Naranjo ochoa, Fabio: *Familia y Personas*. Colombia, Librería Jurídica Sanchez LTDA, 7ª edic., 1996, p. 115). Valencia igualmente indica que según el artículo 90 del Código Civil colombiano la existencia biológica del ser humano comienza con la concepción, pero la personalidad sólo se otorga a los seres humanos que nazcan vivos (Valencia Zea, Arturo: *Derecho Civil*. Bogotá, edit. Temis, 8ª edic., 1979, T. I, p. 340; Valencia Zea, Arturo y Alvaro Ortiz Monsalve: *Derecho Civil*. Parte General y Personas. Colombia, edit. Temis, 15ª edic., 2000, T. I, p. 309). Guglielmi también señala que la existencia de la persona comienza con la concepción, la existencia jurídica con el nacimiento, de allí que si el ser muere antes de nacer se considera que nunca existió (Guglielmi, Enrique: *Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, edit. Universidad, 1980, p. 17).

[127] Véase en el mismo sentido, nuestro comentario en: Domínguez Guillén, *Ensayos*..., p. 492, "Respecto al inicio de la personalidad, la doctrina suele hacer una distinción entre el comienzo de la personalidad jurídica y el comienzo de la existencia humana, es decir, entre existencia legal y existencia natural, respectivamente. El primero de los momentos coincide con el nacimiento vivo, lo cual otorga la condición de sujeto de derecho; el segundo está referido al momento de la concepción del ser humano. De manera pues, que no debemos confundir el comienzo de la personalidad jurídica con el comienzo de la existencia de la vida humana; ésta última en efecto, se inicia con la concepción, es decir, con la fusión de la célula sexual femenina con la masculina". En el plano nacional, circunstancialmente Rafael Ortiz-Ortiz hace un comentario según el cual considera falaz afirmar que la vida comienza con el nacimiento porque la cualidad humana no puede ser relativa al parecer del legislador sino es que un imperativo de ley cuya validez radica en la naturaleza humana. (*La dignidad*..., p. 94). Ciertamente es evidente que el autor no distingue entre vida y personalidad, a saber, entre existencia natural y existencia legal, respectivamente.

La anterior distinción y la consecuente protección que la ley le concede al concebido[128], se deriva de la circunstancia que la vida o existencia, al margen de la personalidad, comienza al momento mismo de la concepción. Está científicamente comprobado que desde que el espermatozoide fecunda el óvulo, nace un individuo único, irrepetible, diferente de cualquier otro individuo; en ese embrión está todo el hombre[129].

El concebido como veremos no tiene personalidad jurídica a pesar de la protección que el orden legal le concede[130]. El autor argentino Orgaz, indica que quienes mantienen la personalidad del feto hacen mérito de la protección civil y de la protección penal. A su juicio ese razonamiento parte de un equívoco, al asimilar "vida humana" con "persona humana". Es indudable que la vida humana comienza con la concepción pero otra cosa es establecer desde cuándo existe la persona. La ley protege la vida y los intereses del concebido sin que este hecho signifique que el feto es ya una persona actual. La personalidad jurídica es una cualidad que el derecho adscribe a determinados sustratos, ese sustrato es el hombre después del nacimiento[131]. Sin embargo, buena parte de la doctrina argentina sostiene que no es posible discriminar entre vida humana y personalidad[132]. Se señala al respecto que no hay manera de aceptar la discriminación pretendida entre vida humana y persona humana, puesto que no hay otro modo de ser hombre sino invistiendo el carácter de persona humana que nos comunica la infusión del alma[133]. Para Abelenda la personalidad jurídica en el derecho argentino se adquiere real y actualmente, y no solamente en potencia, desde la concepción en el seno materno[134].

El Código Civil Argentino consagra en su artículo 70 que la existencia de la persona comienza con la concepción[135]. Borda considera acerta-

[128] Véase *infra* N° II.4.1.2. Véase: Navas de Motta y Motta Navas, *Ob. Cit.,* p. 13, indican que aunque con la concepción la persona no existe por manifestación de vida tiene importancia para el derecho.
[129] Borda, Guillermo: *Principio de la existencia de la persona humana.* En: La persona humana. Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 1.
[130] Véase *infra* N° II.4.1.3.
[131] Orgaz, Alfredo: *Personas Individuales*. Buenos Aires, edit. Depalma, 1946, pp. 33-35.
[132] Véase: Abelenda, *Ob. Cit.,* pp. 210 y 211.
[133] Llambías, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires, edit. Perrot, 17ª edic., 1997, T.I, p. 225.
[134] Abelenda, *Ob. Cit.,* 205.
[135] Véase: http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/codigos/codigo_civil/CC_art0070a0078.htm

da tal posición pues para él vida y persona son conceptos inseparables[136]. Sin embargo, el propio Código Civil argentino en su artículo 74 señala que esa existencia está subordinada a que tales seres nazcan vivos pues si mueren antes de estar separados del seno materno se considera como si nunca hubiesen existido[137]. Refiere Borda que no obstante que según el artículo 70, la existencia de las personas comienza desde la concepción, esa existencia está subordinada al hecho de que nazcan con vida, pues si muriesen antes de estar completamente separadas del seno materno, serán considerados como si nunca hubiesen existido. El asunto tiene importancia en el caso de que la persona por nacer haya heredado o recibido un legado o donación, puesto que la ley considera que la persona no ha existido y por consiguiente queda sin efecto dicha transmisión de bienes[138].

Sin embargo, como bien indica Orgaz respecto de esa legislación, el concebido no es persona y se desprende del propio Código argentino al indicar que si no se nace vivo "serán considerados como si no hubieran existido" cita a Von Thur para quien la ficción es inútil, en el caso del concebido se mantiene temporariamente en suspenso la atribución de derechos hasta el nacimiento, sin violentar la noción de persona[139].

Como consecuencia de lo anterior, a nuestro criterio, en modo alguno la legislación argentina consagra la teoría de la concepción, pues si bien dicha legislación distingue entre existencia natural o concepción y existencia legal o nacimiento vivo, subordina la personalidad jurídica a éste último, lo que no es otra cosa que consagrar la teoría del nacimiento y dentro de ésta la vitalidad. Es decir, dicha legislación llega a la misma solución adoptada por nuestro artículo 17 del Código Civil[140].

En un sentido semejante al del Código Civil argentino se pronuncia el artículo 1 del Código Civil peruano al indicar: "*La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está*

[136] Borda, Guillermo: *Manual de Derecho Civil*. Parte General. Buenos Aires, edit. Perrot, 7ª edic., 1974, pp. 143 y 144.
[137] *Ídem*.
[138] Borda, *Principio...*, p. 2.
[139] Orgaz, *Ob. Cit.,* p. 35.
[140] Véase *infra* N° II.2.2.1.

condicionada a que nazca vivo"[141]. No obstante la ardua defensa de Fernández Sessarego en torno la personalidad del concebido[142], creemos que tal ordenamiento tampoco consagra la personalidad del concebido sino el reconocimiento de la vida humana, razón por la cual consideramos que el citado Código, al igual que el ordenamiento argentino y el venezolano consagra que la personalidad se adquiere con el nacimiento vivo a pesar que pueden serle deferidos derechos al *conceptus*[143].

Pensamos que la particularidad de los códigos citados consiste en distinguir entre existencia *natural* y existencia *legal* pero cuando se analiza la norma en cuestión se llega inevitablemente a la conclusión de que el concebido inclusive en tales legislaciones no tiene personalidad o más precisamente que tales legislaciones no consagran la teoría de la concepción a los fines del inicio de la personalidad. Esto porque si el feto nace muerto se tiene como que nunca existió y ello implica la misma orientación de nuestro ordenamiento jurídico según la cual la personalidad se inicia con el nacimiento vivo aun cuando se le conceda protección al concebido y puedan serle deferidos derechos con la condición de que nazca vivo.

Llambías comenta respecto de la legislación argentina que el hecho del nacimiento sin vida del concebido aniquila retroactivamente la personalidad de éste y por consiguiente desvanece los derechos constituidos en cabeza suya[144]. Sin embargo, por principio general la subjetividad jurídica se puede perder pero de haber existido no se puede borrar, esto es, la importancia de la personalidad legal radica en los efectos que deja subsistentes una vez que se extingue.

Creemos entonces que para que un determinado sistema de derecho consagre la teoría de la concepción simplemente debe establecer que probada o acreditada la misma, es decir, la fecundación de las células masculina y femenina, el ser detenta personalidad, la cual no dependería de otro hecho posterior. El orden legal que consagrase la teoría de la

[141] Véase: http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/codciv.htm
[142] Véase: Fernández Sessarego, Carlos: *Tratamiento Jurídico del Concebido*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 188 y ss.
[143] Véase *infra* N° II.4.1.3.
[144] Llambías, *Ob. Cit.,* p. 241.

concepción no podría hacer depender la personalidad del feto del hecho futuro del nacimiento vivo porque en tal caso no se estaría asumiendo la teoría de la concepción sino del nacimiento[145]. Así pues, a los efectos jurídicos, la "personalidad" no puede borrarse una vez que se ha tenido, es decir, se fue sujeto de derecho o no se tuvo nunca existencia jurídica. Pero no se puede pretender la existencia de una especie de personalidad jurídica sometida a una suerte de condición resolutoria porque una vez que se le concede personalidad a un ser, éste puede perderla, pero no puede pretenderse borrarla del mundo jurídico como si nunca hubiese existido. Por algo, el punto en estudio se titula "teorías sobre el inicio de la personalidad" porque es obvio que una vez acreditado el hecho o la circunstancia de que se trate se comenzaría a ser sujeto de derecho.

Esa es la incongruencia que apreciamos a los fines de sostener una pretendida teoría de la concepción en algunos ordenamientos que no es tal. Consagrar la teoría de la concepción en un determinado ordenamiento tendría lugar simplemente señalando que una vez que tenga lugar la fusión de las células masculina y femenina se tiene personalidad, la cual no se perdería por el hecho de nacer sin vida. La protección del concebido y la posibilidad excepcional de que le puedan ser deferidos algunos derechos no constituye por sí solo la atribución de personalidad, y ello en modo alguno constituye un desconocimiento de la protección de la vida que la existencia humana reclama.

Algún autor se ha planteado por qué no atribuir personalidad al feto en un momento determinado del embarazo. Sin embargo, cabe preguntarse ¿estaría suficientemente justificada la atribución de personalida al feto? ¿Es oportuno considerarlo como titular de derechos? ¿No se añadirían mayores problemas con la atribución de derecho al feto?. A esto contesta Mitjans que no parece que sea ventajosa tal atribución de personalida al feto aunque con ella se pretenda introducir un elemento de seguridad jurídica que impida a los tribunales y legisladores ir continuamente considerando cuando se inicia la vida humana[146].

---

[145] Y dentro de ésta la "*vitalidad*".

[146] Mitjans, Esther: *Bioética e igualdad en la interrupción del embarazo*. En: Materiales de Bioética y Derecho. Edición a cargo de María Casado. Barcelona, Cedecs Editorial S.L., 1996, pp. 285 y 286. Agrega la autora que la potencialidad de la vida humana existe tanto antes como después de la concepción y que el Estado la pretenda proteger no quiere decir que lo pueda hacer del mismo modo en cualquier de sus indefinidos estadios.

Sin embargo, como indicamos, a pesar de la discusión doctrinal jurídicamente la adopción de la teoría de la concepción en un futuro se presentaría como un problema de consagración legislativa, pero en tal caso, dicha personalidad para que sea tal precisaría sólo de la prueba de la fecundación. Sólo el tiempo nos dirá, si la futura legislación podría tomar ese camino. Pero ciertamente, las consecuencias de derecho serían sustancialmente diversas a las vigentes.

Actualmente como es obvio, el concebido se protege jurídicamente porque desde el punto de vista biológico tiene vida aunque no sea una existencia independiente (respira, sufre dolor, etc.), y esa vida se proyecta en la consideración que le concede el ordenamiento jurídico. Pero la indiscutible protección legal al concebido[147], no puede hacernos concluir que éste tiene personalidad. Esto porque la existencia definitiva de los derechos, depende del nacimiento vivo del concebido[148].

Como bien indica Lacruz Berdejo el *nasciturus* o concebido no es persona, otra cosa es el reconocimiento que el embrión merece como vida humana[149]. Agliano, indica acertadamente que la existencia comienza con la concepción[150], los derechos del concebido quedan consolidados con el nacimiento[151]. La protección del concebido tiene lugar además del reconocimiento de la existencia humana, –como veremos– en función de una personalidad futura que surgirá a la par del nacimiento con vida[152].

Indica Leongómez en su tesis "Del principio de las personas naturales" que la ley no discute la existencia anterior al nacimiento, puesto que se apresura a proteger la vida en gestación, pero como lo que existe no

---

[147] Véase *infra* N° II.4.1.2.

[148] Cruz Bajares, Jorge: *El sujeto de Derecho, concepto de la personalidad, capacidad de goce y de ejercicio. Los seres humanos y el ente jurídico. Principio y fin de las personas naturales, la capacidad del feto y determinación del momento de la concepción.* Caracas, 1946 (tesis), p. 14. Citado por: *CODIGO CIVIL DE VENEZUELA*, Artículos 1 al 18. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1989, p. 580.

[149] Lacruz Berdejo, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil.* Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1990, Vol. II, p. 24.

[150] Agliano, Humberto: *Principios de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones de Ciencias Económicas S.R.L., s/f, p. 35.

[151] *Ibid*., p. 36.

[152] Véase *infra* N° II.4.1.3. Lo mismo sucede con la persona fallecida quien obviamente ya no tiene personalidad, sin embargo se protege su memoria, así como el cadáver. Y sin embargo, nadie se atreve a decir que en razón de tal protección quien falleció conserva aún su personalidad. Tal subjetividad culminó con la muerte.

puede ser sujeto de derechos, la ley le reconoce para ciertos aspectos existencia. La existencia real comienza antes de nacer, la existencia legal comienza al nacer. El concebido tiene una existencia que si bien no goza de todos los atributos de la personalidad merece una consideración especial. Su protección se deriva del derecho natural[153].

La protección que el ordenamiento concede al concebido y la consideración excepcional que puede tener en el ámbito del derecho civil, no supone en modo alguno la adopción de la teoría de la concepción.

2.2 *TEORÍA DEL NACIMIENTO*

La teoría del nacimiento –como se deriva de la expresión– denota que la personalidad se adquiere con el hecho del nacimiento pues antes del mismo, el ser no tiene vida independiente[154]. El nacimiento pues, constituye la circunstancia que determina la personalidad[155]. Indica Orgaz que los códigos extranjeros disponen que la personalidad se inicia con el nacimiento[156]. Esto pues el derecho extranjero ha seguido fiel a las tradiciones romanas y continúa considerando en general que el comienzo de la personalidad humana tiene lugar en el momento del nacimiento, principio que sólo se altera por la ficción de tener al concebido por nacido cuando se trata de alguna adquisición a favor suyo[157].

El nacimiento es considerado el desprendimiento del feto del claustro materno bien sea por medios naturales o artificiales. Nacimiento es para Messineo la separación aun cuando sea prematura del nuevo ser respecto del cuerpo de la madre[158]. "Nacer es, en su sentido directo, salir del vientre de la madre. Por lo tanto el nacimiento habrá quedado con-

---

[153] Leongomez, Enrique: *Del Principio de las Personas Naturales*. Bogotá, edit. Patria, 1926, p. 13.
[154] La doctrina señala que antes de nacer el ser humano no era considerado como una persona, sino simplemente como una entraña de la madre, parte de las vísceras maternas (*pars visceram matris*). Véase en este sentido: De Ruggiero, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, Instituto Editorial Reus, s/f, T. I, p. 343; Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.,* p. 50; Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* p. 88.
[155] Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo: *Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Montecorvo S.A., 1976, p. 165. Véase en el mismo sentido: Barbero, *Ob. Cit.,* p. 193; Coviello, Nicolas: *Doctrina General del Derecho Civil*. México, Unión Tipográfica editorial Hispano-americana, 1949, p. 160, Barassi, *Ob. Cit.,* p. 47; Gomis, *Ob. Cit.,*p. 203.
[156] Orgaz, *Ob. Cit.,* p. 36.
[157] Llambías, *Ob. Cit.,* p. 226, el autor cita en este sentido los códigos: francés, español, alemán, italiano, brasileño, mexicano, peruano, venezolano, portugués.
[158] Messineo, *Ob. Cit.,* p. 90.

sumado cuando el concebido haya sido expelido o sacado del claustro materno, y quede separado de la madre"[159]. El nacimiento es pues el momento en que el nuevo ser es separado del cuerpo de la madre[160]. Acontece cuando el ser atraviesa el umbral entre la madre y el exterior; en ese instante la criatura ha nacido.

Esta definición tan simple deja entrever –al margen de la terminología médica[161]– que dentro de esta idea del nacimiento pueden tener lugar varias hipótesis que dan origen a las distintas teorías, pues además del desprendimiento del ser se precisa de otros requisitos o condiciones. Por ello indica acertadamente Carbonnier que no siempre el nacimiento es suficiente para la adquisición de personalidad, se requiere en ocasiones estar vivo y otras además viable[162]. Por ello no es extraño que en el mundo del Derecho se hayan exigido con frecuencia otros requisitos que, unidos al hecho físico del nacimiento, permiten surgir la personalidad[163]. Tales requisitos dependerán de la teoría que adopte cada legislación dentro de la línea de la del nacimiento.

En el caso venezolano, el requisito adicional necesario para que el "nacimiento" conceda la personalidad o subjetividad jurídica, consiste en la "vida" ya que se adopta la teoría de la vitalidad[164]. El nacimiento con vida, representa el hecho jurídico de mayor trascendencia, por cuanto a partir del mismo comienza la personalidad jurídica del ser humano, a saber, el inicio de su existencia para el derecho[165]. En efecto, si tiene lugar un nacimiento sin vida porque el feto atravesó la línea entre la

---

[159] Llambías, *Ob. Cit.,* p. 241.
[160] Véase en esete sentido: Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* p. 85; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 53; Navas de Motta y Motta Navas, *Ob. Cit.,* p. 22, es la separación completa del vientre materno; Gajardo, Samuel: *Medicina Legal*. Chile, edit. Nascimento, 1952, p. 103.
[161] Aunque nos comenta la doctora Nairobi Molina que que efectivamente el paciente puede nacer muerto porque el nacimento desde el punto de vista médico no implica que nazca con vida (MSDS 49.071 consulta realizada el 23-12-05). En el mismo sentido; María Concepción Brito Vera, Gineco-Obstetra (MSDS 45.627, consulta 18-4-06).
[162] Carbonnier, Jean: *Derecho Civil*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960, T. I, Vol. II, p. 222.
[163] Marín Pérez, Pascual: *Derecho Civil*. Madrid, Edit. Tecnos, 1983, Vol. I, p. 75.
[164] Véase *infra* N° II.2.2.1.
[165] Véase: Guzmán Mora, Fernando: *Persona*. En: http://abcmedicus.com/articulo/id/311/pagina/2/persona.html Los principales efectos del nacimiento incluyen que el neonato se convierte en titular de la personalidad jurídica, con los efectos que esta pueda acarrear consigo (adquisición de derechos y deberes). No se considera persona jurídica a quien nace muerto o muere en el vientre (para comprobarlo se utiliza la prueba de la docimasia pulmonar hidrostática).

madre y el exterior pero nació muerto, tal ser no posee en nuestro Derecho la condición de persona. Aunque resulte difícil de aceptar para quien no se desenvuelva en el área jurídica, debe afirmarse que en el ordenamiento vigente el ser nacido muerto **NO** llega a adquirir el status de "persona" o sujeto de derecho; no ha existido jurídicamente para el orden legal. De allí que un ser que nazca sin vida no es persona y no debe ser inscrito en el Registro del Estado Civil porque éste es un registro de "nacimiento" con vida, y tal ser no ha existido jurídicamente[166].

En relación con el nacimiento, la doctrina se pregunta si será necesario el corte del cordón umbilical para considerar que ha tenido lugar el mismo. Hay quienes opinan que se requiere tal corte pues el cordón une el nuevo ser con la madre y es en ese momento en que se produce el desprendimiento. Este criterio para algunos lo establece el Código Civil español, en su artículo 30 al expresar "... *enteramente desprendido del seno materno*"[167]. Otros autores sostienen acertadamente que es suficiente la salida del ser del claustro materno bien sea natural o artificialmente, aun cuando continúe unido a la madre por el cordón umbilical[168]. En Venezuela, como bien indica La Roche no es necesario el corte del cordón umbilical, basta nacer con vida para ser sujeto de derecho[169]. No es indispensable que haya sido cortado el cordón umbilical: lo importante es que la criatura haya vivido fuera de la matriz[170].

Así pues, somos del criterio, que **NO** es necesario el corte del cordón umbilical a los fines de considerar que ha tenido lugar el nacimiento. Esto es lógico porque como en efecto indican Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, si nos apoyamos en el corte del cordón umbilical los padres o los terceros pudieran decidir sobre el inicio de la existen-

---

166 Véase *infra* N° II.5.

167 Véase en este sentido: Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 44; Albaladejo, *Ob. Cit.,* p. 215: Ducci Claro, Carlos: *Derecho Civil. Parte General.* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edic., 1988, p. 98. Esta es la posición de Marín Echeverría en la doctrina venezolana: Véase: Marín Echeverría, Antonio Ramón: *Derecho Civil I. Personas*. Venezuela, McGraw-Hill Interamericana, 1998, p. 22; Ochoa G., Oscar E.: *Personas Derecho Civil I.* Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2006, p. 183.

168 Enneccerus**,** Ludwing y otros (Theodor Kipp y Martín Wolff): *Tratado de Derecho Civil.* Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1947, Primer Tomo, Parte General, Vol. I, Trad. de la 39ª edic. alemana de Blas Pérez González y José Alguer, p. 329.

169 La Roche, *Ob. Cit.,* pp. 56 y 57.

170 Borda, *Principio..*, p. 7.

cia[171]. Sostener la necesidad del corte del cordón umbilical a los fines de considerar que ha acontecido el nacimiento, dejaría a la voluntad de los terceros el inicio de la personalidad; nos encontraríamos ante el absurdo de un ser que ha respirado fuera del claustro materno y no tendría subjetividad jurídica. Recordemos que estamos ante una materia sustraída de la voluntad de los particulares. De manera pues que efectivamente, el nacimiento tiene lugar simplemente por el desprendimiento del ser de la madre al margen del corte del cordón umbilical.

Adicionalmente subsiste el problema, en torno a la personalidad derivada del nacimiento, surgiendo así varias teorías:

2.2.1 *La vitalidad*

La teoría de la vitalidad exige que el nuevo ser haya nacido vivo para reconocerle personalidad. La doctrina refiere que es la teoría predominante desde la época de Justiniano[172] y a su vez la más autorizada modernamente[173].

Como indicamos no es suficiente el hecho del "nacimiento" por sí solo, esto es la simple separación del feto de la madre, sino que además de nacer se precisa que sea con vida; el nacer muerto no atribuye la concesión de personalidad jurídica. De allí que se diga que sobrevivir al nacimiento es elemento necesario para ser persona[174].

Ramírez observa que no basta el nacimiento para dar principio a la personalidad, sino que es necesario la vida al propio tiempo, porque si aquel no está acompañado por ésta; agrega el autor que se tendría un hecho sin importancia jurídica pues quien nace muerto es como si nunca hubiese existido[175]. Sin embargo, la anterior afirmación de que el nacimiento sin vida carece de importancia para el Derecho y por ende no constituye un hecho jurídico, no resulta del todo cierta desde el punto de

---

[171] Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, *Ob. Cit.,* p. 132. Igualmente en la doctrina argentina: Orgaz, *Ob. Cit.,* p. 39.

[172] Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.,* p. 50.

[173] O´Callaghan, Xavier: *Compendio de Derecho Civil*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, 3ª edic., 1997, T. I, Parte General, p. 234.

[174] Véase: Navas de Motta y Motta Navas, *Ob. Cit.,* p. 24.

[175] Ramírez, Florencio: *Anotaciones de Derecho Civil*. Mérida, Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de los Andes, 1953, Tomo I, p. 76. Véase en el mismo sentido: Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* 55 y 56, para que el nacimiento constituya un hecho jurídico es menester que el nuevo ser haya nacido vivo.

vista del concepto técnico de "hecho jurídico" si recordamos que éste es un hecho natural al que el Derecho le concede consecuencias jurídicas[176]. Esto pues si bien es cierto, que el nacer muerto no produce el importante efecto de conceder la personalidad al feto; también es indudable que del nacer sin vida se desprenden –como veremos– considerables efectos legales, a saber, la variación del orden de suceder respecto de otros herederos que son tales precisamente porque el concebido no concretó su condición de persona; y así mismo, podría presentar consecuencias en el ámbito penal de plantearse la posibilidad del delito de aborto[177]. Así pues, el nacimiento sin vida no produce el importante efecto legal de la atribución de la personalidad pero ciertamente podrá originar otras consecuencias jurídicas respecto de terceros.

Señala Contreras que basta un destello de vida por más insignificante que sea, para el otorgamiento de la personalidad, basta que el nacido haya vivido fracciones de segundos para este fin, lo que significa que con cualquier llanto, cualquier movimiento, se habría comprobado que nació vivo y como consecuencia con eso el ser humano alcanza personalidad. El feto que muere en el vientre materno, o que no sobrevive a la separación un instante siquiera, se le considera como si no hubiera nacido o existido[178]. Así señala Parra Benítez que "*sobrevivir un momento siquiera*" significa al menos vivir una fracción de tiempo por insignificante que sea[179]. Según el artículo 90 del Código Civil colombiano, nacen muertos, en primer lugar, los que mueren en el vientre materno; en segundo término, los que perecen antes de estar completamente separados de la madre, y, finalmente, los que no sobreviven a la separación "*un instante siquiera*"[180]. En el mismo sentido, el artículo 74 del Código Civil chileno: *"La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás"*[181]. Se dice así que

[176] Véase *supra* N° I.2.3.
[177] Observación o consideración que acertadamente nos hiciera, el Doctor Fernando Martínez Riviello en su condición de Tutor-Coordinador de la presente tesis doctoral.
[178] Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* p. 89.
[179] Parra Benítez, Jorge: *Manual de Derecho Civil. Personas y Familia*. Colombia, Biblioteca Jurídica DIKE,1988, p.72.
[180] Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Ob. Cit.,* p. 311.
[181] Ducci Claro, *Ob. Cit.,* p. 98. Destacado nuestro. Véase en el mismo sentido: Artículo 72 CC El Salvador (http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweesa.htm)

"para afirmar que un niño no ha vivido hay que probar la muerte in útero o durante el parto"[182]. Habría que acotar que si durante el parto, el ser logró la respiración fuera del claustro materno, ciertamente vivió aunque sea una instante siquiera.

Un instante de vida será suficiente para la adquisición de personalidad jurídica. Comenta De Ruggiero que la duración de la vida extrauterina es indiferente, para la adquisición de los derechos basta que haya vivido un sólo instante. No hay presunciones legales de vida en este sentido[183]. Un feto nacido muerto no es persona pero la vida de un instante es suficiente para que el niño adquiera derechos incluso patrimoniales[184].

Esta teoría de la vitalidad es la aceptada por la legislación venezolana, según se evidencia del artículo 17 del Código Civil que prevé "*El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo*"[185]. Significa que en nuestro ordenamiento jurídico para ser persona lo único que se precisa es nacer con "vida", la cual puede haberse tenido aunque un sea un instante siquiera, fracciones de segundos apenas bastarán para que un ser se convierta en sujeto de derecho o persona.

Así pues, el derecho venezolano acoge la teoría de la vitalidad a los fines del inicio de la personalidad jurídica del ser humano. No creemos que nuestro sistema adopte una posición ecléctica porque según veremos ésta ni siquiera constituye una teoría propiamente distinta a la vitalidad[186], cuando se pretende entremezclar ésta con la protección al concebido[187]. La protección al concebido no se contrapone a la adopción de la teoría de la vitalidad[188].

---

[182] Sarmientos Fonseca, Amarelys y otras: *Estudio médico legal y jurídico de la muerte violenta de recién nacidos*. En: http://www.monografias.com/trabajos27/infanticidio/infanticidio.shtml

[183] De Ruggiero, *Ob. Cit.,* pp. 344 y 345.

[184] Trabucchi, Alberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1967, p. 80.

[185] Destacado nuestro.

[186] Véase *infra* N° II.2.3.

[187] Pues la ley protege al concebido aun cuando éste no sea persona dada su existencia natural. Véase igualmente señalando que nuestro Derecho no acoge una posición ecléctica: Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 154.

[188] Véase: Veloso de Franca, Genival: *Intervenciones fetales. Aspectos médico-legales*. http://www.sideme.org/doctrina/articulos/art030602-br.htm : "La existencia de esa personalidad civil empieza desde el nacimiento con vida, aunque sea reconocida una expectativa de derechos de aquél que todavía se encuentra en el lecho uterino. De esta manera se expresa el artículo 4º del Código Civil brasileño: "La personalidad civil del hombre empieza con el nacimiento con vida, pero la ley salvaguarda, desde la concepción, los derechos del nascituro".

La teoría de la vitalidad, ampliamente aceptada y moderna, según veremos, fue adoptada por primera vez en nuestro primer Código Civil de 1862 inspirado en el Código Civil Chileno de 1855 y vigente a partir de 1857 redactado por Andrés Bello. Sin embargo, fue sustituida en los Códigos siguientes hasta que es retomada nuevamente en el Código Civil de 1916[189] a propuesta de Emilio Constantino Guerrero, quien criticó la teoría existente en los códigos anteriores, a saber, la viabilidad[190].

Ciertamente, la vitalidad, se presenta como la teoría más consecuente con la dignidad de la persona humana pues no exige otro requisito adicional a la simple vida para conceder la personalidad jurídica. Por otra parte, la teoría bajo análisis elimina discusiones y conflictos innecesarios característicos de otras teorías que se estudian dentro del nacimiento, a saber, la viabilidad y la figura humana[191].

Así pues, la vitalidad como su nombre lo indica se refiere a "vida"[192], la cual como indicamos es suficiente aunque sea un instante. Ciertamente, para tal determinación habrá que acudirse a la ayuda de la ciencia médica[193]. En caso de duda tiene lugar la comprobación médica que se traduce generalmente en que se haya alcanzado a respirar[194]. La prueba de la vida supone la respiración y de allí que se afirme "*vivir es respirar*"[195]. Señalan Planiol y Ripert que para determinar si la criatura ha vivido, se investiga si ha penetrado aire en sus pulmones[196]. En el mismo sentido

---

[189] Véase *infra* N° II.3.
[190] Véase: Constantino Guerrero, Emilio: *Apuntaciones sobre el Código Civil Venezolano*. En: Revista del Ministerio de Justicia N° 47. Caracas, Año XII, octubre-noviembre-diciembre de 1963, pp. 85 y 86; Véase también: *CODIGO CIVIL DE VENEZUELA, Arts. 1 al 18*. Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1989, pp. 559-577. Véase *infra* N° II. 2.2.2.
[191] Véase *infra* Nos II.2.2.2 y II.2.2.3.
[192] Véase: *Diccionario de la Lengua Española, Ob. Cit.,* p.2099, señala que la expresión "vitalidad" proviene del latín "*vitalitas,-atis*" y alude a la cualidad de tener vida. La expresión "vital" que proviene del latín "*vitalis*" y también denota perteneciente o relativo a la vida; dotado de energía o impulso para actuar o vivir; en otro sentido puede aludir también a algo importante (ej. cuestión vital).
[193] De Ruggiero, *Ob. Cit.,* pp. 344 y 345. Véase curiosamente CC de Paraguay: "**Art. 32.-** Repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieron al parto hubieren oído la respiración o la voz del nacido o hubieron observado otros signos de vida", en http://www.leyes.com.py/rubros/constitucion_codigos_convenios/codigos/Codigo_civil/LibroI/I_tituloI.html
[194] Ducci Claro, *Ob. Cit.,* p. 98.
[195] Gajardo, *Ob. Cit.,* p. 105, agrega que en efecto, la respiración es uno de los signos más ostensibles de la vida aunque no es un signo patognomico.
[196] Planiol, Marcel y Georges Ripert: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Habana, Cultural S.A., 1927, Tomo I, pp. 6 y 7, agregan que en algunas legislaciones, existen reglas legales para suprimir o disminuir las discusiones.

refiere Mazeaud que "para nacer viva, basta que la criatura haya respirado", la prueba se hace por la presencia de aire en los pulmones[197]. Grisanti señala igualmente que la revelación de la vida el niño es la respiración. De aquí que la prueba de que un recién nacido ha vivido se busque en la comprobación de haberse efectuado el acto respiratorio[198].

En este sentido, se hace particularmente importante en el ámbito de la medicina legal, la ***docimasia***, que está dirigida a la realización de pruebas a fin de comprobar signos de vida manifestados en la función respiratoria, digestiva y circulatoria[199]. Podemos distinguir al respecto varias especies de docimasias, a saber ***pulmonar, digestiva o circulatoria***, según el órgano o función que se analice a fin de diagnosticar los co-

---

[197] Mazeud, Henri, León y Jean: *Lecciones de Derecho Civil.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. Parte Primera, Vol. II, p. 8.

[198] Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 52.

[199] Véase: Rodrigo M., Eduardo A., *Indicaciones clínicas y legales de la autopsia*, en http://www.policlinicatachira.com.ve/policlinica/publi_autopsia.html, "Ensayo o examen, prueba oficial. Son las pruebas para investigar si el feto ha nacido vivo o muerto, es decir, si ha respirado antes de morir, teniendo en cuenta las modificaciones del organismo fetal al adquirir vida autónoma" http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/glosariojuridico.htm. Docimasia en medicina legal alude al conjunto de pruebas propuestas para la comprobación de signos de vida en los cadáveres, particularmente en la investigación de la existencia de vida extrauterina de un recién nacido. Véase igualmente: Giugni, Humberto: *Lecciones de Medicina* Legal. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores, 9ª edic., 2004, pp. 343 y 344, el problema de si el feto nació vivo se resuelve con la prueba de la vida o docimasias, las cuales no consisten en la verificación de una fenomenología en acto, sino en la constatación de modificaciones, persistentes en el cadáver, que son como el efecto y el testimonio de aquella fenomenología extinguida con la muerte. La vida extrauterina se manifiesta por medio de hechos de diversa naturaleza, como la respiración pulmonar, la fonación, la circulación autónoma, es decir no ya conexa con el aparato placentario, la alimentación por vía gástrica, la eliminación de excrementos por vía intestinal, la actividad del emuntorio renal. Véase también: Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* p. 91.

[200] Véase sobre las docimasias: Giraldo G., César Augusto: *Medicina Forense*. Medellín, Señal Editora, 10ª edic., 2001, pp. 203-208; Vargas Alvarado, Eduardo: *Medicina Legal*. México, edit. Trillas, 4ª reimpresión, 2004, pp. 299-305; Quiroz Cuaron, Alfonso: *Medicina Forense*. México, Edit. Porrua S.A., 6ª edic., 1990, pp. 703-707; Vázquez Fanego, Héctor: *Autopsias médico-legales*. Buenos Aires, Ediciones Desalma, 2000, pp. 105-107; Yanes Villamizar, Thais: *Medicina Legal*. Caracas, Talleres de Publicaciones de la Universidad Santa María, III Edición Ampliada, s/f, pp. 202 y 203; Martín Corona, José Felix: *Medicina Legal*. Caracas, edit. Texto, 4ª edic., 2003, pp. 262 y 263. Véase también: http://www.fjaunet.com.br/briani/fac_integradas/planos_aulas/tanatologia.htm Distingue **Docimasia Hidrostática de Galeno:** pega-se o pulmão, coloca num frasco com água e se afundar é que a criança não respirou, agora se ele boiar, houve a respiração e a consequente docimasia positiva; **Docimasia Gástrica de Breslau:** presença de uma bolha de ar no estômago (a criança deglute o ar que respira); **Docimasia Óptica de Bouchout:** pega o pulmão e olha para ele, se a criança não respirou, o pulmão fica vermelho escuro, a consistência é elástica (parece borracha); já quando respira, fica expandido (aerado), róseo e a sua consistência parece de uma espknja, sente uma creptação na mão.

rrespondientes signos vitales[200]. Respecto de la primera, esto es la docimasia *pulmonar* –denominada también "*respiratoria*"[201]– se puede distinguir a su vez la *hidrostática, óptica o visual e histológica*. Lo anterior en función del método o sistema utilizado para analizar los signos de vida o respiración sobre el pulmón.

La ***docimasia pulmonar hidrostática***[202] denominada también "*docimasia pulmonar de Galeno*"[203], es si se quiere la prueba más difundida en el género dada la necesaria equivalencia entre "vida" y "respiración". Esto porque de todos los fenómenos de vida extrauterina que podrán a posteriori comprobarse, sólo uno se instaura tan pronto, que es posible acreditarlo en todos los casos de muerte inmediata al parto, como es el caso de la respiración pulmonar: de allí el principio galénico de identificación de vida con la respiración[204]. Esta prueba se describe en medicina legal de la siguiente manera: se abre el tórax de la criatura, se extraen los pulmones y se cortan o seccionan éstos por los bronquios, sumergiéndose luego en agua. En caso de existir aire en aquellos, flotarán e irán a la superficie; si se quedaren en el medio, se dirá que hubo respiración, pero insuficiente. De no ocurrir lo uno o lo otro, no hubo aire ni respiración y en principio se concluirá que no sobrevivió a la separación del vientre. En el supuesto de flotar, se dirá lo contrario y en esta hipótesis, si se exprimen las partículas, saldrán burbujas que formarán una espuma. Esta prueba tiene varias causas de error[205], por ejemplo: si hubo putrefacción, habrá gases que harán igualmente flotar las secciones el color y el tamaño de las ampollas que se forman en la pleura. Además si la putrefacción fue rápida, es porque no hubo respiración, pues si la hubo, la putrefacción será lenta. También es causa de error en esta demostración la insuflación (respiración artificial), que podrá

---

[201] Véase: Giugni, *Ob. Cit.,* p. 345, por oposición a las "docimasias no respiratorias" o extrapulmonares (intestinal o auricular) ligadas a la respiración pero realizadas en otras regiones o aparatos. Véase en el mismo sentido: Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* p. 202.

[202] Véase sobre ésta: Rodrigo M., Eduardo A., *Indicaciones clínicas y legales de la autopsia*, en http://www.policlinicatachira.com.ve/policlinica/publi_autopsia.html

[203] Véase: http://www.medicina.4t.com/clasificacionhistoria.htm, Refiere que antiguamente en Grecia fue Galeno quien señaló las diferencias entre pulmón fetal y pulmón respirado (base de la actual docimasia).

[204] Giugni, *Ob. Cit.,* p. 344.

[205] Véase: Rojas, Nerio: *Medicina Legal*. Argentina, El Ateneo Editorial, Duodécima edición, 2ª reimpresión, 1984, pp. 208-210, tales como la putrefacción gaseosa, la insuflación, la congelación, el fuego, la conservación en alcohol o la atelectasia.

detectarse, pues si ocurrió quedan espacios no ventilados y sin sangre (si se respiró no sucederá lo mismo); la congelación de los pulmones (por la cual flotan), o el sometimiento de estos al alcohol (caso en que no flotan, aunque se haya respirado)[206]. Se cita también como causa de error una afección que se denomina "atelectasia" que impide precisamente que entre aire a los pulmones y en virtud de la cual el pulmón no flota aunque se haya tenido vida[207]. En este sentido relativo a las causas de error se indica desde el punto de vista médico forense que "grandes zonas de atelectasia o un período prolongado, deshidratación de los pulmones o estos sometidos a la acción del calor que produciría el estallido de los alvéolos pueden dar *falsos negativos"*. En tanto, que "la putrefacción, los pulmones congelados, la respiración asistida, que distiende los bronquíolos aunque los alvéolos permanezcan pegados, pueden informar *falsos positivos*" [208]. Nos manifestó el médico y abogado Rafael Aguiar-Guevara que la docimasia es una prueba, pero cualquier diagnóstico necesita de VARIAS comprobaciones; pluralidad de indicios y pluralidad de pruebas[209]. De allí que sea conveniente considerar

---

[206] Véase: *ibid*., pp. 204 y 205; Parra Benítez, *Ob. Cit.,* 1988, pp. 72 y 73; Parra Benítez, *Ob. Cit.,* 1997, pp. 89 y 90. Véase Llambías, *Ob. Cit.,* p. 342: si el tejido pulmonar del nacido no flota en el agua es porque nunca alcanzó a respirar, e indirectamente con ello se prueba que no nació vivo. Inversamente si el tejido pulmonar sobrenada, es porque la criatura ha respirado con lo que se confirma la vida. Véase también: Giugni, *Ob. Cit.,* pp. 346-348; Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* pp. 106 y 107; Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* pp. 91 y 92; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* pp. 57 y 58; Navas de Motta y Motta Navas, *Ob. Cit.,* pp. 25 y 26. Véase igualmente: http://www.dji.com.br/medicina_legal/docimasia_hidrostatica_de_galeno.htm

[207] Véase: http://escuela.med.puc.cl/publ/AnatomiaPatologica/02Respiratorio/2atelectasia.html. Refiere el Dr. Sergio Gonzalez de la Pontificia Universidad Católica de Chile que la "***Atelectasia***" consiste en una aireación incompleta o nula de los pulmones. El término deriva de ajtelhv" (atele-vs) (incompleto) y ejvktasi" (éktasis) (expansión). En rigor debiera aplicarse a pulmones que no se han distendido nunca, o sea al nacer (congénita) y el término colapso debiera reservarse para pulmones que han tenido expansión previa. La **atelectasia aguda** se observa como una zona de pulmón deprimida, bien delimitada, rojo oscuro, húmeda, con escasa o nula crepitación (son reversibles). La **atelectasia crónica** se observa como un área deprimida, limitada, anémica, seca con escasa o nula crepitación. La atelectasia crónica conduce con frecuencia a la **induración atelectásica**. Se produce en estos casos fibrosis intersticial con organización del edema (carnificación), hiperplasia del epitelio alveolar y un aumento del tejido elástico (cirrosis elástica) y frecuentemente organización del exudado alveolar.Se reconocen dos formas de atelectasia: la atelectasia primaria o fetal y la atelectasia secundaria o adquirida. Véase también: *Código Civil de Venezuela, Arts. 1 al 18*, *Ob. Cit.,* p. 568; Giugni, *Ob. Cit.,* p. 372, alude a la falta de extensión o dilatación de los pulmones del recién nacido.

[208] Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* pp. 106 y 107.

[209] Opinión de Rafael Aguiar-Guevara. Médico anestesiológo Universidad Central de Venezuela (1975) y Abogado Universidad Santa María (consulta realizada el 14-12-05).

otros tipos de docimasias además de la pulmonar hidrostática. Esta última se aprecia referida en algunas decisiones judiciales[210].

Existe también la ***docimasia pulmonar óptica*** **o visual** que consiste en examinar el aspecto de los pulmones. Se conoce también como la prueba "*óptica de Bouchut*" porque éste la propuso en 1862 y se basa en la apreciación de las características macroscópicas y físicas del pulmón, para diferenciar el pulmón que ha respirado del fetal, tales como aspecto,

[210] Véase: Tribunal de Primera Instancia en lo Penal del Estado Mérida, en funciones de juicio N° 3 de el Estado Mérida, Sent. 13-03-06, Exp. LP01-P-2004-000749, en: http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/933-14-LP01-P-2004-OOO749-.html "...Se hizo la prueba de Docimasia Pulmonar Hidrostática para determinar si el niño nació vivo y dio resultado positivo, determinándose que el niño murió por deficiencia respiratoria, en los pulmones en vez de aire había agua...". A la Fiscal le responde el experto: que la docimasia consta de 4 pasos, y esos 4 pasos resultaron positivos, que esa prueba fue realizada con la traquea, los pulmones completos, y con trozos sacados de estos órganos, los cuales fueron sumergidos en agua contenida en tobos, cuya densidad es de 1%, y arrojaron como resultado positivos, es decir, flotaron, burbujearon, al exprimir los pulmones salió espuma. Que el líquido entró por las vías aéreas naturales, boca o fosas nasales, para lo cual era necesario una actividad externa, que hubo trabajo de parto, es decir, que el niño atravesó el canal del parto, lo cual se desprende del cabalgamiento de los huesos del cráneo, que significa el cruce hacía los lados y parte de atrás y delantera de los huesos temporal y parietal del cráneo para facilitar la salida del feto. A la defensa le contesta, que el corazón del niño estaba sano, que no tenía cavidades dilatadas, ni presencia de agujero, que el niño nació vivo y respiró, lo cual se demuestra con la prueba de docimasia, según la cual la traquea al sumergirla en agua, flota, al igual que los pulmones, cuando parte de éste último órgano se exprime burbujea...". Véase tambien otras decisiones que aluden a la prueba de la docimasia: Tribunal de Control N° 9 de Barquisimeto, Sent. 19-05-05, Exp. KP01-P-2005-004173 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/623-19-KP01-P-2005-004173-.html: Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Cojedes, Sent. 23-09-05, Exp. 1577-05 ; http://cojedes.tsj.gov.ve/decisiones/2005/septiembre/1517-23-1577-05-.html; Juzgado de Primera Instancia en Función de Control, sección Adolescente del Circuito Judicial Penal del estado Portuguesa, Sent. 20-12-04, Exp. 2C-173-04. ; http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2004/diciembre/1176-20-2C-173-04-.html ; Tribunal Tercero de Control del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en la ciudad de Los Teques , Sent. 10-08-05, Exp. 3C37042-04, en: http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/agosto/61-10-3C-37042-04-3C-37042-04.html; Cuarto de Primera Instancia en Funciones de Juicio en condición de Unipersonal del Circuito Judicial Penal del Estado Táchira, Sent. 1-04-05, Exp. 4JU-711/03, en: http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/1381-1-4JU-711-03-.html ; Tribunal Penal de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida N° 1, Sent. 25-11-04 , Exp. LP01-P-2004-000749 ; http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/925-25-LP01-P-2004-000749-.html ; Tribunal de Primera instancia en funciones de juicio n° 04 del circuito judicial penal del estado Mérida, Sent. 3-04-05, Exp. LP11-S-2004-000681 en: http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2006/abril/949-3-LP11-S-2004-000681-.html

color, consistencia, estructura, ubicación, distensión, etc.[211] Los pulmones del feto que respiró tendrán alguna de estas características; el lóbulo inferior del lado izquierdo cubre parcialmente el corazón, tiene color rosado y el tejido es más o menos elástico; si se lo comprime llega a exudar líquido serosanguíneo[212]. El pulmón que no ha respirado es de superficie más o menos homogénea y de color que lo asemeja al hígado o al bazo; en cambio, cuando ha respirado, es de color rosado claro, parecido al pulmón del adulto, aunque de aspecto mucho más limpio. Además, en el pulmón que ha respirado se nota perfectamente una distribución en mosaico de la superficie, debido a los lobulillos pulmonares[213].

Finalmente la ***docimasia pulmonar histológica*** consiste en el estudio microscópico del pulmón. Fue propuesta en Italia por Filippi y desarrollada por Puppe, Balthzard y Lebrún a fin de realizar un análisis histológico y microscópico del tejido pulmonar previa fijación en líquido de Bouin a fin de diferenciar el pulmón que ha respirado del que no, así como apreciar la putrefacción y la insuflación como posibles causas de error de la docimasia pulmonar hidrostática[214]. Si existió respiración, los bronquios y alvéolos distendidos con luz; el epitelio alveolar es plano, de tipo o forma denominado endotelial; es decir se observan todos lo caracteres del pulmón adulto. Esta distensión será más franca y com-

---

[211] Véase: Rojas, *Ob. Cit.,* pp. 205 y 206; Giugni, *Ob. Cit.,* p. 348. Véase cuadro comparativo que refiere Giugni, indicador de los caracteres macroscópicos del pulmón fetal anectásico (que no ha respirado) con el pulmón ectásico (que ha respirado). En cuanto a la *posición* el pulmón fetal está oculto y retraído mientras que el pulmón ectásico está expandido y recubriendo una amplia porción de la región cardiaca; El *volumen* del fetal es reducido respecto a la cavidad toráxica y el ectásico corresponde al espacio de la cavidad toráxica; en torno a la *superficie* externa el fetal es lisa de aspecto casi homogéneo y el ectásico es vesicular con áreas poligonales como perlas; con relación a los *bordes* el fetal es delgado y el ectásico es redondeado; respecto a la consistencia el fetal es compacta y el ectásico es blanda o esponjosa; por el *color* el fetal es uniforme que va de rojo grisáceo a rojo obscuro y el ectásico es de color resuceso; la *superficie* del fetal es uniforme y deja rezumar poca sangre en tanto que el ectásico es levemente porosa y deja rezumar discreto cantidad de sangre; el *peso* del fetal es de 1,08-1,1 y el ectásico es de 0,8-0,9 (*ibid*., pp. 345 y 346).

[212] Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* p. 106.

[213] Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* pp. 93 y 94. Véase también: Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* pp. 57 y 58.

[214] Giugni, *Ob. Cit.,* p. 348. El pulmón fetal presenta los broquios pequeños y alvéolos no abiertos, el epitelio alveolar cubico y parénquima con muy escasa sangre, y el pulmón que ha respirado tiene los broquios y alvéolos distentidos con luz y el epitelio alveolar es plano de tipo endotelial. En caso de insuflación se apreciará algunas zonas con caracteres de pulmón fetal y efectos de violenta dilatación por la ruptura de los tabiques alveolares. En caso de putrefacción el pulmón fetal presenta espacios redondos u ovalados de las burbujas originadas en el tejido conjuntivo interalveolar y el que ha respirado se aprecia una mezcla de vesículas de putrefacción con parenquima pulmonar normal (*ibid*., p. 349).

pleta cuando el niño haya efectuado varias respiraciones completas. Esta última docimasia es aplicable aún con putrefacción a menos que sea extrema, en cuyo caso todos los métodos fallan[215]. Sin embargo, el Dr. Aguiar-Guevara nos comenta que es posible precisar si el ser llegó a tener vida aun en caso de putrefacción[216]. A nivel de experticia médica se indica respecto a la docimasia pulmonar histológica: 1.- El epitelio alveolar del que no respiró es cúbico; si respiró se hace plano y desaparecen los núcleos; 2.- Los alvéolos del feto tienen las paredes plegadas entre sí, mientras que aquellos que respiraron presentan los alvéolos de forma poligonal y los tabiques adelgazados; 3.- Los bronquíolos, obsturados antes de nacer principalmente por el moco, se dilatan al respirar; 4.- Los vasos perialveolares se ponen de manifiesto cuando comienza la circulación menor[217].

Además de la docimasia pulmonar se ha distinguido también la **docimasia *digestiva* (*gastrointestina*l e *intestinal)* y la *circulatoria***, que son algunas de las docimasias extrapulmonares o no respiratorias[218]. La ***docimasia digestiva gastrointestinal*** de Breslau se basa en el principio de que el recién nacido, cuando inicia los movimientos respiratorios, deglute simultáneamente aire que acumula el estómago y que puede pasar del intestino delgado al intestino grueso[219]. Se alude igualmente a la prueba "*bacteriológica de Malvoz*" que consiste en demostrar la existencia del *coli* en el tubo digestivo cuando el feto respiró. Por su parte, la prueba "*Siálica de Diniz Soussa*" refiere que si aparece saliva en el estómago es señal de vida[220]. La ***docimasia digestiva intestinal*** se basa en la observación del meconio del recién nacido, si el meconio es evacuado, generalmente en el primer día después del nacimiento y la

---

[215] Véase: Rojas, *Ob. Cit.,* pp. 205 y 206; Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* pp. 93 y 94; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* pp. 57 y 58.
[216] Consulta realizada el 14-1-05, señala que es posible precisarlo con el auxilio de expertos y peritos, como es el caso del forense y del anatomopatólogo, quienes tendrían otras pruebas que permitirian concluir la existencia de vida.
[217] Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* p. 107.
[218] Véase: Rodrigo M., Eduardo A., *Indicaciones clínicas y legales de la autopsia*, en http://www.policlinicatachira.com.ve/policlinica/publi_autopsia.html
[219] Véase: Rojas, *Ob. Cit.,* p. 207; Giugni, *Ob. Cit.,* pp. 349 y 350; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 58; Gajardo, *Ob. Cit.,* p. 107. Agrega Giugni que cuando el cadáver no está en óptimas condiciones de conservación es difícil distinguir si se trata de aire deglutido o de gas de putrefacción, y que la falta de aire en tal caso no excluye la respiración autónoma porque la vida puede prolongarse por algún tiempo sin que el recién nacido haya podido realizar movimientos de deglución. (*Ob. Cit.,* p. 350).
[220] Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* p. 107.

expulsión completa se verifica gradualmente durante los dos o tres primeros días de vida[221]. La ***docimasia circulatoria*** supone que la circulación placento fetal es modificada con el nacimiento, se aprecia si el agujero de Botal está totalmente ocluido, lo cual ocurre en los 15 días que siguen al nacimiento y a la circulación umbilical se anula con la sección del cordón[222].

Existen también entre otras[223] docimasias: ***Auricular de Wendt-Wredden*** que consiste en un tapón mucoso que se encuentra en la cavidad timpánica y que desaparece cuando se instala la respiración pulmonar[224]; ***Urológica*** según la cual la vejiga vacía demuestra que hubo vida[225]; ***Radiográfica abdominal*** en la que si se visualiza gran parte del aparato digestivo es porque el feto tragó aire[226]; ***Modificaciones del equilibrio endocrino*** pues las gónadas pueden dar lugar a manifestaciones iniciales de funcionalismo[227]; ***Tumor el parto o "Caput Succedaneum***" que se presenta después del nacimiento[228]; de ***mielinización del nervio óptico***[229].

[221] Véase; Giugni, *Ob. Cit.,* p. 353; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 58. Giugni refiere que la presencia de meconio residual indica que se ha vivido de un día a un día y medio, pero en todo caso la expulsión total del meconio no autoriza juicios ni siquiera aproximativos acerca de la duración de vida extrauterina (*Ob. Cit.,* p. 353),

[222] Véase: Rojas, *Ob. Cit.,* p. 207; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 59.

[223] Véase: Rojas, *Ob. Cit.,* pp. 207 y 208; Martín Corona, *Ob. Cit.,* p. 263, distingue entre las docimasias que se pueden practicar antes de abrir el cadáver (piel, cordón umbilical, diafragmática de Casper, percusión del tórax, Bordas, ótica) de las que tienen lugar después de abrir el cadáver (Bouchut, Galeno, Dinitz-Souza, Beothy, Buccinotti, Budin-Ziegler, Mirto, Bacteriológica, Breslau).

[224] Véase: Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* p. 107; Giugni, *Ob. Cit.,* pp. 350 y 351. Agrega Giugni que también el valor de esta prueba puede ser incierto por lo que se acude a ella cuando faltan los órganos respiratorios (*Ob. Cit.,* pp. 350 y 351). Véase: Rodrigo M., Eduardo A., *Indicaciones clínicas y legales de la autopsia*, en http://www.policlinicatachira.com.ve/policlinica/publi_autopsia.html "En los primeros movimientos deglutivos penetra aire a nivel de la trompa de Eustaquio y en la cavidad timpánica".

[225] Véase: Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* p. 107.

[226] Véase: *ídem*.

[227] Giugni, *Ob. Cit.,* p. 351, fenómeno que se inicia al 3 o 4to día de nacido de modo que no es determinante en caso de muerte inmediata.

[228] *Ibid*., pp. 352 y 353, y disminuye gradualmente de volumen al segundo día de vida y desparece al tercero o cuarto. La desaparición del mismo deja una zona pigmentada que denota que transcurrieron varios días del nacimiento a la muerte.

[229] Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* p. 203.

Los profesionales de la medicina señalan que las docimasias presentan un grado de confiabilidad del 85 al 90% y pudieran presentar un orden subsidiario respecto de las diversas categorías[230].

Obviamente es recomendable que la realización de la docimasia tenga lugar inmediatamente pues de transcurrir varios días pueden fallar las pruebas correspondientes en razón de la putrefacción[231]. Hay que observar que se pueden realizar diversos tipos de docimasia a fin de dar mayor seguridad al resultado. La docimasia permite conocer si el ser llegó a respirar, a tener vida, y en consecuencia a ser persona, esto es, figurar en una relación jurídica y ser titular de deberes y derechos.

Se ha dicho que el nacido vivo es persona, tiene capacidad jurídica. Por consiguiente, tiene un interés evidente determinar qué requisitos se exigen al nuevo ser para ser considerado nacido y desde qué momento, es sujeto de derechos, capaz de adquirirlos y transmitirlos[232]. El nacido muerto no es persona ni nunca lo ha sido[233].

Como bien refiere Contreras, el establecimiento de la condición de persona puede resultar importante desde el punto de vista civil (sucesoral) o penal (a fin de determinar homicidio o aborto según el caso)[234]. Determinar el momento inicial de la condición de persona y los requisitos para serlo, no son exigencias arbitrarias y carentes de consecuencias; por el contrario, de ellas pueden derivarse importantes efectos, que de modo particular resaltan en las relaciones jurídicas que integran el llamado Derecho de Sucesiones, en el que la fijación de un determinado

[230] Opinión del doctor José Gregorio Calderón Villegas, MSDS 51.304 (consulta realizada el 16-11-05), piensa que un posible orden a seguir sería: pulmonar hidrostática, digestiva, rx abdominal, pulmonar óptica, pulmonar histológica, digestiva intestinal, urológica, circulatoria.

[231] Véase: La Roche, *Ob. Cit.,* p. 58: "deben realizarse en un plazo corto luego del nacimiento (no más de tres o cuatro días), ya que el proceso normal de descomposición de la persona produce reacciones químicas que pueden, en ciertos casos, impedir una cabal y eficiente demostración de si hubo vida o no en el momento del nacimiento". Véase en el mismo sentido: Opinión del doctor José Gregorio Calderón Villegas, MSDS 51.304 (consulta realizada el 16-11-05).

[232] Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 42.

[233] Ochoa G., *Ob. Cit.,* p. 183.

[234] Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* pp. 95-97.

momento de la existencia del ser humano puede ser causa de atribución o de pérdida de derechos subjetivos[235].

Así por ejemplo en materia sucesoral podrá ser esencial la determinación de la condición de sujeto de derecho, porque para suceder se debe sobrevivir al causante y la adquisición de derechos en razón de haber tenido la condición de persona afectaría el orden de suceder. Así por ejemplo, una madre embarazada y cuyo esposo (que no tiene más descendientes) muere antes del parto, vería variar la porción de la herencia a su favor si su hijo nació muerto o si contrariamente llegó a ser persona porque respiró aunque sea un instante. Si el nuevo ser no llegó a ser persona porque nació muerto, a falta de otros descendientes, la herencia se dividirá entre la esposa y los ascendientes del *de cujus*[236], pero si contrariamente el hijo llegó a respirar aunque muriera inmediatamente, fue persona o sujeto de derecho y en consecuencia toma parte en la sucesión, al hijo entonces, a falta de cónyuge y descendientes, le suceden sus ascendientes, esto es su madre. Es decir, la parte correspondiente al hijo que fue persona le corresponde a su progenitora, quedando así excluidos –en virtud de la breve atribución de personalidad– los padres del difunto esposo porque los descendientes excluyen a los ascendientes[237]. Precisamente este ejemplo de la madre viuda que pierde a su hijo inmediatamente al parto, fue utilizado en la reforma del Código Civil de 1916 para convencer al auditorio de abandonar la teoría de la viabilidad y adoptar la vigente; se decía que exigir algo más que la vida del recién nacido le propiciaba un castigo adicional a la madre, pues

[235] Serrano Alonso, Eduardo: *Derecho de la persona*. Madrid, La Ley-Actualidad, 2ª edic., 1996, p. 7. Véase igualmente: Borda, *Principio*..., p. 6, por ejemplo, puede ocurrir que la persona por nacer haya recibido un legado; si no naciera o naciera muerta, esos bienes se reparten entre los herederos legítimos del testador, en cambio si hubiere nacido viva, aunque fuera por algunos instantes, aquellos resultan definitivamente adquiridos por la criatura, y a su muerte los heredan sus sucesores legítimos y no los del testador. Véase también: Moreno Quesada, Bernardo y otros: *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2ª edic., 2004, p. 91, el asunto cobra especial interés en supuestos de muerte próximos al nacimiento cuando puede haber transmisión hereditaria, que se producirá si la personalidad llegó a alcanzarse.

[236] "De cujus" alude a aquel de cuya sucesión se trate.

[237] Véase en el mismo sentido: Rojas González, *Ob. Cit.,* p. p. 59: que la criatura haya sobrevivido un momento siquiera es de vital importancia en el caso del hijo póstumo pues si la criatura vivió un momento siquiera, hereda los bienes de su padre, y luego estos pasan a la madre. En cambio, si la criatura no alcanza a vivir y a su padre premuerto dejó ascendientes, sus bienes serán de esos ascendientes y el cónyuge sobreviviente.

además de sufrir el dolor de perder a su hijo se le privaría de una herencia que por derecho debía corresponderle[238].

En materia penal, igualmente la distinción entre el *homicidio* y el *aborto*, vendría marcada precisamente por el nacimiento o no con vida del nuevo ser, y ello se aprecia en la jurisprudencia[239]. Si se propició la muerte de un ser que no era persona y se le impidió nacer con vida, estamos en presencia del delito de "aborto" [240], pero si la muerte se provocó al ser nacido

[238] Véase *infra* N° II.3.

[239] Véase: Tribunal de Primera Instancia en lo Penal en función de control Nº 8, Sent. 24-11-04, Exp. 8C-5871/2004. en: http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/1375-24-8C-5871-04-07.html "En este momento debemos hacernos una pregunta ¿Cuando se puede hablar de homicidio y no de aborto? y la respuesta es que el limite entre el aborto y el homicidio, es el "comienzo del nacimiento"; entendiendose por comienzo del nacimiento el inicio de la dilatación del cuello uterino con el consecuente descenso de la criatura (momento llamado Activa) hasta la expulsión de la criatura (parto); dejando sentado que lo que origina el comienzo del nacimiento pueden ser factores naturales o artificiales. Entendiendose entonces para efectos penales como aborto "la muerte del producto de la concepción antes de iniciar el proceso de nacimiento con total independencia si el ser humano que se desarrolla es viable o no". Sabemos que la vida humana tiene un desenvovimiento intrauterino (VIDA DEPENDIENTE) y extrauterino (VIDA INDEPENDIENTE); la vida dependiente va desde la fecundación hasta el nacimiento, donde se inicia la vida independiente; cualquier atentado contra la vida del embrión (hasta la semana 12 luego de la fecundación) o al feto (de la semana 12 hasta el nacimiento) en la fase dependiente se llama "ABORTO" y en la fase indepediente (cuando ya hay nacimiento) se llama HOMICIDIO". Véase igualmente: Sala Dos de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial del área Metropolitana de Caracas, Sent. 22-06-06, Exp. 2006-2131, en; http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/1723-22-2006-2131-.html "La doctrina define el Homicidio intencional como el acto de la muerte de un hombre (de una vida humana extrauterina) dolosamente causado por el resultado de la acción u omisión de otra persona física e imputable. Siendo los elementos, requisitos o condiciones: A) Destrucción de una vida humana Extrauterina. La vida comienza con la separación del feto del claustro materno". Diriamos que más que la vida comienza "la personalidad"; Tribunal Trigésimo Sexto 36 de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control del Circuito Judicial penal del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 10-4-07, Causa N° 20. 5373-06, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/abril/1767-10-36C-5373-06-.html señala "La doctrina define el Homicidio como el acto de la muerte de un hombre (de una vida humana extrauterina)...Siendo los elementos, requisitos o condiciones: A) Destrucción de una vida humana Extrauterina. La vida comienza con la separación del feto del claustro materno...".

[240] Véase sobre la prueba médica del aborto y las lesiones al feto: Casas Sánchez, Juan de Dios y María Soledad Rodríguez Albarrán: *Manual de Medicina Legal y Forense*. Madrid, edit. Colex, 2000, pp. 1.125-1.147; Vargas Alvarado, *Ob. Cit.,* pp. 290-298; Giugni, *Ob. Cit.,* pp. 291-336; Martín Corona, *Ob. Cit.,* pp. 229-253; Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* pp. 207-212; Rojas, *Ob. Cit.,* pp. 185-201; Simonin, C.: *Medicina Legal Judicial*. España, edit. Jims S.A., 2ª edic. (1966 reimpresión), 1982, pp. 434-464. Véase: Juzgado de Control N° 1 http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2006/febrero/1445-8-UP01-P-2006-000274-UJ012006000284.html (referencia incompleta en la web).

con vida estamos en presencia de un "homicidio"[241]. Así pues curiosamente un hecho físico semejante igualmente criticable desde el punto de vista moral, puede tener efectos jurídicos radicalmente distintos. Las consecuencias desde el punto de vista penal son obviamente diferentes pues el homicidio es un delito de mayor gravedad que el aborto. El primero supone pena de presidio, el segundo de prisión[242]. Debemos tener claro que si el ser no llegó a nacer con vida en modo alguno podrá hablarse de homicidio toda vez que el feto no llegó a ser persona[243]. Contrariamente,

[241] Véase nuestras consideraciones en: *Ensayos*..., pp. 475 y 476, señalamos que sólo respecto de la "persona" es que puede plantearse el delito de "homicidio" como violación del derecho a vivir, en tanto respecto al "concebido" tiene lugar el delito de "aborto", al sancionarse la imposibilidad de un ser de tener vida como sinónimo de personalidad. Cuando García Velutini indica que "desde el momento de la concepción existe un ser vivo; si a éste se le quita la vida se mata a una persona humana" (García-Velutini, Oscar: *Sobre Derechos Personales y la Dignidad Humana*. Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 27, 1986, pp. 85 Y 109) pensamos que no se está haciendo referencia al concepto técnico de persona, en tal caso existirá aborto según nuestra normativa y no homicidio.

[242] Hace unos años (en la década de los ochenta) pudimos apreciar por televisión la reseña de un caso relacionado con la hija de un conocido actor nacional. Se refería a una mujer que había dado a luz un niño en su propia casa y lo había colocado en el congelador. Se discutía si había nacido muerto o con vida. Posteriormente no se supo a través de los medios de comunicación el desenlace de esta historia, pero aplicando las nociones referidas, creemos que la prueba de la docimasia haría descartar las dudas en cuanto a la conducta de la madre, pues si se trataba de un ser que había nacido muerto, al margen de la crítica de la colocación del cuerpo en la nevera, no existiría delito de homicidio. Contrariamente si se trataba de un ser que nació con vida y luego se le privó de la misma existiría el delito de homicidio. Ahora bien, si la muerte acaeció dentro del claustro materno por voluntad de la madre estaríamos en presencia del delito de aborto. Finalmente, si la muerte tuvo lugar en forma natural o espontánea tanto dentro como fuera del claustro materno tampoco existiría delito. En definitiva la prueba de la docimasia era fundamental a los fines de establecer o descartar la responsabilidad penal. Véase también, recientemente, con especial referencia al resultado de la prueba de la docimasia: http://www.laopinion-rafaela.com.ar/opinion/2005/03/16/i531602.htm Diario argentino La Opinión del Miércoles 16 de Marzo de 2005, muerte de bebé es homicidio calificado por cuanto **la autopsia confirmó que había nacido vivo.** Su madre cuando estaba a punto de dar a luz, requirió la presencia de su novio de 18 años, produciéndose el parto sobre un inodoro. La autopsia permitió establecer que la criatura había nacido con vida y que respiró, quedando así constatado por la prueba de **docimasia**, tal como se denomina al conjunto de verificaciones practicadas en los pulmones del recién nacido para saber si ha respirado antes de morir.

[243] Véase: Tribunal Mixto de Juicio N° 01 del Circuito Judicial Penal del Estado Sucre, Extensión Carúpano, Sent. 30-06-05, Exp. RJ11-P-2002-000005: http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/1214-30-RJ11-P-2002-000005-.html "...el Ministerio Público quiere dejar constancia que no se inició investigación penal con relación a la muerte del feto porque para que un feto se tenga por nacido basta con que haya nacido vivo, por cuanto la legislación civil venezolana acoge la teoría de la vitalidad y es establecido en el artículo 17 cuando se considera que el feto puede entenderse como persona y en el caso que nos ocupa el feto nació muerto, tal como se ha demostrado en las distintas deposiciones y tal como lo demuestran la lectura de las actas correspondientes a la exhumación de cadáver..., donde se señala el niño, por lo tanto mal puede el Ministerio Público abrir una investigación ya que el niño nació muerto...".

la respiración del ser luego del nacimiento podría propiciar la existencia de homicidio en caso de muerte[244].

En los ejemplos reseñados, tanto desde la perspectiva civil como penal, se torna esencial la determinación relativa al nacimiento con vida de un nuevo ser, a los efectos de su condición de sujeto de derecho o persona. De allí que en caso de duda, ciertamente la prueba médico legal de la docimasia será fundamental.

La doctrina afirma que la *carga de la prueba* que el niño nació vivo corresponde a quien hace tal afirmación, es decir, a quien pretenda hacer valer un derecho de tal circunstancia[245]. Sin embargo, cierto sector de la doctrina extranjera indica que la vida ha de presumirse, pues por lo general los seres humanos nacen vivos[246].

Orgaz comenta que en caso de duda la mayoría de las legislaciones indican que quien pretenda que la criatura nació viva deberá probarlo[247]. Sin embargo, la legislación argentina[248] al igual que la de Austria,

---

[244] Véase: Tribunal Tercero de Control del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en la ciudad de Los Teques , Sent. 10-08-05, Exp. 3C37042-04, en: http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/agosto/61-10-3C-37042-04-3C-37042-04.html se declara sin lugar la solicitud de sobreseimiento por la presunta comisión de homicidio culposo en recién nacido. Se aprecia la siguente narración de un testigo: "Resulta que el día...yo me encontraba de guardia en el Hospital Victorino Santaella, entonces ese mismo día como a la una y quince de la tarde, yo tenía cuatro fetos, en el escritorio donde yo trabajo, entonces me disponía a anotar los fetos en el libro de ingreso de cadáveres de la Morgue del Hospital Victorino Santaella, cuando estoy anotando escucho un gemido como de un gato, entonces yo sigo escribiendo, porque pensé que eran ideas mías, sigo escribiendo y escucho otra vez un gemido, yo reviso el paquete que decía feto de..., peso 800 gramos, talle 36 centímetros, tenía una letras que se leían F/m, seguidamente 15-05-01, que nosotros entendemos como fecha de muerte y luego decía Dr o Dra no recuerdo, pero si recuerdo que decía..., que es el apellido del Doctor que lo atendió, luego yo abro el paquete y encuentro que el feto respiró, yo salgo corriendo porque me asusté lo dejo en el lugar y salgo corriendo a buscar a la doctora..., le notifico lo sucedido y subimos al Hospital de inmediato, entramos a la Morgue y ella ve que el niño respiraba, entonces ella lo agarra y lo lleva a la sala de trauma Shock pediátrico, yo la estaba acompañando, entonces ella entra a la sala y decía a las personas que se encontraban en el lugar, traigo un niño vivo de la morgue, entonces yo me quede afuera, no supe más nada del niño, hasta que me enteré que el niño había muerto. Es todo".

[245] Véase en este sentido: Lehmann, *Ob. Cit.,* p. 587; Trabucchi, p 80, el que esté interesado en afirmar que una persona existe o existió deberá probarlo.

[246] Citado por Valencia Zea, *Ob. Cit.,* p. 349.

[247] Orgaz, *Ob. Cit.,* p. 41.

[248] Véase CC, artículo 75, "En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario", http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/codigos/codigo_civil/CC_art0070a0078.htm

entre otras[249], presume que la criatura nació con vida y la carga de la prueba recae sobre quien sostenga lo contrario. Posición que – a decir de Orgaz– parece justa y acorde con el respeto a la personalidad humana[250]. Al respecto indica Borda que la legislación argentina presume en el artículo 75 del Código Civil –al igual que la austríaca– que en caso de duda, la criatura ha nacido con vida; la prueba incumbe al que alegue lo contrario. Esta presunción de vida ha sido criticada por Bibiloni, que la eliminó en su Anteproyecto, sosteniendo que el problema de si la criatura nació viva o no, se plantea sólo en el caso de que esté actualmente muerta; ¿Por qué ha de presumirse entonces que nació con vida?. No obstante, en opinión de Borda el sistema de la ley argentina se justifica porque a partir de la concepción se tiene vida y lo natural es presumir la vida incluso en el nacimiento, lo que sucede en el curso ordinario y normal de las cosas[251].

En Colombia, Valencia Zea y Ortiz Monsalve citan el artículo 37, párrafo 3° del proyecto de Código de Derecho Privado que indica "*Si no se determina si nació vivo o muerto, se presume nació vivo y murió después*". Agregan los autores que una doctrina firmemente establecida enseña que realizado el nacimiento se presume la vida, pues por lo general los seres humanos nacen vivos y no muertos[252]. En Colombia,

---

[249] Véase en el mismo sentido: *Bolivia*, CC artículo 1. III. El nacimiento con vida se presume, salva la prueba contraria. siendo indiferente que se produzca naturalmente o por procedimientos quirúrgicos.(http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwebol.htm y www.acnur.org/biblioteca/pdf/0843.pdf); *Ecuador,* CC artículo 60.- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. *Se presume que la criatura nace con vida*; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo. Nota: Nuevo texto dado por Ley No. 43, publicada en Registro Oficial Suplemento 256 de 18 de Agosto de 1989 (http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/ecuador/1.HTM Destacado nuestro); *Nicaragua,* CC artículo 21 CC (http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwenic.htm)

[250] Orgaz, *Ob. Cit.,* p. 41. Véase igualmente: Abelenda, *Ob. Cit.,* p. 227.

[251] Borda, *Principio...*, p. 8. Véase: Llambías, *Ob. Cit.,* p. 242, señala que "para Freitas el fundamento de esta presunción reside en la experiencia de los que ordinariamente sucede. Pero observa Bibiloni que tal fundamento es inexacto, porque si bien es cierto que sucede generalmente que las criaturas nazcan vivas, no hay motivo razonable para pensar que sean más frecuentes los casos de muerte inmediatamente después de vivir que los casos de alumbramiento sin vida alguna. Por esto pensamos con Orgaz que el fundamento de la presunción legal reside en el respeto de la personalidad humana, pues la sola duda sobre el nacimiento con vida debe bastar para que se incline a su favor la presunción de la ley para impedir en algún caso la personalidad humana deje de ser reconocida".

[252] Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Ob. Cit.,* p. 311.

han tratado de sostener esta presunción de vida además Valencia Zea y Ortiz, el autor Angarita, pero advierte Parra Benítez que no existe norma en la legislación colombiana que consagre esa presunción[253].

En Venezuela, como veremos, la carga de la prueba le corresponde a quien afirma el nacimiento vivo[254], no existiendo en nuestro ordenamiento la citada presunción consagrada en otras legislaciones.

2.2.2 *La viabilidad*

La teoría de la viabilidad requiere que el feto no sólo nazca vivo sino además viable, es decir, apto para la vida. Ello significa que la criatura debe ser capaz de vivir fuera del seno materno, pues de lo contrario no se considera que tenga vida humana independiente. Si el recién nacido presenta afecciones orgánicas o físicas que permiten pronosticar que morirá a corto plazo, no es un ser viable o apto para la vida. Se concluye así que la viabilidad es la aptitud o idoneidad para seguir viviendo por sí sólo.

La viabilidad es la capacidad para vivir fuera del vientre de la madre[255]; la aptitud para tener vida después de salir del claustro materno[256]. Supone así la aptitud con que nace un niño para la continuación de su existencia, atendiendo al desarrollo, buena conformación y estado de sanidad de sus órganos[257]. Domínici refiere que nacer viable es ser apto para vivir, esto es, ser hábil para recorrer el camino de la vida[258]. La viabilidad se caracteriza por la aptitud para la vida en la criatura humana después de nacida y constituyen sus signos característicos: desarrollo de los órganos y ejercicio suficiente regular de las funciones de vida, ausencia de enfermedad que comprometa la existencia y de todo vicio que pueda excluir la posibilidad de vida[259]. La viabilidad supone madurez suficiente de los órganos y un estado de salud que permita el

---

[253] Parra Benítez, *Ob. Cit.,* 1997, p. 90.
[254] Véase *infra* N° II.5.
[255] Pugliatti, *Ob. Cit.,* pp. 112 y 113.
[256] Valverde y Valverde, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español.* Valladolid, Talleres Tipográficos "Cuesta", 4ª edic., 1935, T. I, Parte General, p. 230. Véase también: Gajardo, *Ob. Cit.,* p. 115.
[257] Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Caracas, Imprenta Nacional, Reimpresión de la primera edición hecha en Caracas, 1873, T. I, p. 68.
[258] Domínici, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Reformado en 1896. Caracas, edit. Rea, 1962, T. I, p. 57.
[259] Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 56.

ejercicio regular de las funciones[260]. Es la aptitud física para sobrevivir, no bastaría por consiguiente que la criatura hubiera vivido algunos momentos u horas, si se demuestra que por un defecto orgánico estaba impedido de seguir viviendo[261].

"Se admite que sólo hay viabilidad cuando ha habido existencia atmosférica, es decir, funcionalismo de los órganos propios del niño para la respiración y circulación. Aunque el niño sea de término y bien organizado, nada importa, es preciso que haya vivido con una existencia independiente de la materna"[262].

En el seno de la discusión parlamentaria a los fines de adoptar la teoría vigente en el Código Civil de 1916 se indicó: "Feto viable, dice Littrés, es aquel que presenta en el momento de su nacimiento una conformación bastante regular y desenvuelta para que las funciones necesarias al mantenimiento de la vida puedan verificarse. Tardieu se expresa así: Haber nacido viable, es haber nacido vivo y vivido vida distinta de la vida intrauterina y presentar además un desarrollo general, una conformación y un estado de salud que no tenga ninguna incompatibilidad con la continuación definitiva de la vida. El legislador deja al médico el cuidado de comprobar la viabilidad cuando ésta ha sido negada, esta decisión es con frecuencia muy difícil y es mucho mayor, casi imposible cuando el niño ha sido inhumado desde hace mucho tiempo"[263].

Contreras señala que hablar de que un recién nacido no es viable se refiere a predecir que morirá. El problema radica en determinar cuánto tiempo ha de seguir viviendo el feto para que se sobre entienda que nació viable[264]. En el mismo sentido refiere acertadamente Gajardo que la viabilidad se basa en un pronóstico; supone predecir si se vivirá y no siempre ese pronóstico será exacto. Surge la pregunta ¿Después de cuánto de vida de declararía la viabilidad?. De allí lo incierto de la presente teoría[265]. Esto será un juicio médico-legal y con frecuencia de difícil resolución[266].

---

[260] Gajardo, *Ob. Cit.,* p. 115.
[261] Borda, *Principio...*, p. 9.
[262] Massaglia, María Valeria: *Utilización de embriones y fetos humanos muertos o vivos no viables con fines diagnósticos, terapeúticos o de investigación.* En: 1ª Jornadas nacionales de Bioética y Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000, http://www.aaba.org.ar/bi170p29.htm
[263] *CODIGO CIVIL DE VENEZUELA, Artículos 1 a 18, Ob. Cit.,* pp. 566 y 567.
[264] Contreras Briceño, *Ob. Cit.,*p. 90.
[265] Gajardo, *Ob. Cit.,* p. 115.
[266] Sanojo, *Ob. Cit.,* p. 68.

La viabilidad pretende así establecer una suerte de pronóstico de vida respecto del recién nacido a los fines de la concesión de la personalidad jurídica. A la vista surgen dos grandes inconvenientes en torno a la presente teoría: el primero, la difícil determinación de cuáles serán las enfermedades o afecciones que comprometen la vida del nuevo ser y cuál será el tiempo a considerar a los fines de saber si se superó el pronóstico. El segundo inconveniente, viene dado a nuestro criterio porque dicha teoría ciertamente afecta la dignidad del ser humano, pues supone sostener la ausencia de personalidad jurídica de algunos seres humanos nacidos con vida.

El primero de los inconvenientes, a saber las afecciones médicas que le quitarían a un ser la condición de viable[267], ciertamente representaría un gran problema debido a la incertidumbre implícita. Si bien algunas enfermedades suponen una muerte inminente, en otras, la situación de suspenso que puede acontecer permite desechar *per se* la teoría que comentamos. Ello es claro si se considera que la ciencia médica en no pocas ocasiones pronostica una muerte a corto plazo y afortunadamente la persona logra extender su vida en el tiempo, inclusive durante años[268]. El supuesto de los nacidos prematuros podría igualmente generar inconvenientes a nivel médico[269]. En tales casos, nos encontraríamos ante el inconveniente de

---

[267] Véase al efecto: Giugni, *Ob. Cit.,* pp. 354 y 355. Refiere que no serían causas de no viabilidad las condiciones patológicas contingentes y transitorias aunque produzcan la muerte sino las que se manifiesten el momento de nacer (*ibid*., p. 354). Véase también: Quero, José: *Tratamiento de los recién nacidos con deficiencias*. En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, pp. 67-77. Se presentan pacientes recién nacidos en que se considera el caso como totalmente "***inviable***" y se alude a algunas malformaciones o enfermedades metabólicas congénitas que amenazan seriamente la vida del paciente en los primeros meses tras el nacimiento. En algunos de estos casos el pronóstico neurológico es tan sombrío que puede incluso impedir una mínima posibilidad de relación como persona si es que logra sobrevivir (*ibid*., p. 71. Destacado nuestro).

[268] Es el caso de enfermedades como el cáncer o el sida. La ciencia médica no ha logrado un pronóstico preciso respecto de algunas afecciones.

[269] Véase: Hiibner G, María Eugenia y Rodrigo Ramírez F.: *Sobrevida, viabilidad y pronóstico del prematuro.* En: Revista médica de Chile, Vol. 180, N° 8, Santiago, Agosto 2002, pp. 931-938, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872002000800015&script=sci_arttext , indican que "aunque el peso de nacimiento sea una medida precisa y se puede obtener inmediatamente después de nacer, su valor es relativo para predecir viabilidad"; Bancalari, Eduardo: *Factores perinatales en el diagnóstico del prematuro extremo*. En: Archivos de Pediatría del Uruguay, Vol. 74, N° 3, Montevideo, agosto 2003, pp. 158-165, http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-05842003000300003&lng=en&nrm=iso&tlng=es , refiere que "Obviamente la edad gestacional y el peso de nacimiento son los que priman en cuanto a supervivencia y complicaciones en estos niños. Como se mencionó, ya no se trata de semanas de gestación, sino que diferencias de unos días pueden tener un efecto muy importante en los niños al borde de la viabilidad".

precisar un conjunto de afecciones que harían al ser inviable[270] y si así fuera se llegaría al extremo de pretender precisar un período el cual superado concedería la condición de viable[271].

El Proyecto de Código Civil para España de Florencio García Goyena comenta brevemente el artículo 107 relativo al inicio de la personalidad, e indica que otras legislaciones de la época que consagraron la viabilidad en ninguno de sus Códigos (francés, napolitano, austríaco, Luisiana, Holandés, Bávaro) fijaron reglas sobre la época de la viabilidad. Se dijo, para justificar esta omisión, que no pueden darse reglas bastantes seguras y precisas, porque los misterios de la naturaleza son impenetrables, y que es preferible dejar las diversas cuestiones, que puedan suscitarse en esta materia, al juicio de los Tribunales, que decidirán según los hechos o circunstancias particulares[272]. Augusto León refiere en este sentido que, la viabilidad encierra criterios cambiantes porque se halla íntimamente vinculada con los rápidos avances del conocimiento científico[273].

Comenta Massaglia "Ahora bien, lo cierto es que ocurre con suma frecuencia que los médicos se hallan en la imposibilidad de reconocer los caracteres de viabilidad. En realidad los facultativos no deben establecer las pruebas de la viabilidad, sino averiguar los signos de la no viabilidad"[274].

---

[270] Harris refiere entre los recién nacidos no viables el caso de la anencefalia, es decir, sin cerebro, según el cual el niño estaría vivo al nacer pero no podría sobrevivir por mucho tiempo (Harris, John: *Superman y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana.* Madrid, edit. Tecnos, 1998. Trad. Michel Angstadt, p. 46). No obstante, curiosamente el autor agrega que "sin embargo, se los podría mantener vivos el tiempo suficiente para ser una fuente útil de órganos, células, tejidos, etc." (*ídem*). Realmente tal planteamiento resulta un tanto chocante a la dignidad de la persona si estamos ante un supuesto distinto a la muerte cerebral que tiene lugar en materia de trasplantes de órganos, a la que nos referiremos *infra* N° III.2.3.1.

[271] Pretender establecer reglas en este sentido sería arbitrario.

[272] Proyecto de Código Civil Para España de Florencio García Goyena, 1851, Artículo 107, p. 68.

[273] León C., Augusto: *Aspectos bioéticos relacionados con el comienzo y el valor de la vida humana*. En: Revista de la Facultad de Medicina, Vol. 23, N° 2, julio 2000, pp. 78-84, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S0798-04692000000200002&script=sci_arttext&tlng=es

[274] Massaglia, María Valeria: *Utilización de embriones y fetos humanos muertos o vivos no viables con fines diagnósticos, terapeúticos o de investigación.* En: 1ª Jornadas nacionales de Bioética y Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000. http://www.aaba.org.ar/bi170p29.htm. Agrega la autora: "Los caracteres de la viabilidad pueden reducirse a las tres condiciones siguientes: a) Madurez suficiente; b) Estado de salud que permita el ejercicio regular de sus funciones, y c) Que no existan vicios de conformación compatibles con la vida. a) Es sumamente difícil precisar la época en que puede vivir un feto nacido antes de término. Están quienes afirman que a partir del 210° día es posible un parto con vida, por lo que no habría que rebajar la verdadera viabilidad por debajo del 7° mes. b) Las enfermedades o estados patológicos que comprometen la vida del recién nacido pueden haber comenzado durante la vida intrauterina o con ocasión del parto. c) Entre las

Ciertamente, tanta imprecisión le resta apoyo científico a la presente teoría, de allí que sea mucho más fácil concluir desde el punto de vista práctico cuándo un ser llegó a tener vida como sinónimo de respiración que determinar si es viable.

Ahora bien, si la conclusión pretendiera radicar en que un ser no fue viable porque tenía una afección que en pocas horas o días le propició la muerte, cabe a nuestro criterio la segunda consideración o inconveniente que hacemos a la teoría bajo análisis, pues pensamos que ciertamente es contraria a la dignidad de la persona humana[275].

El ser humano que nace con vida tiene cualidad sustancial para ser reconocido por el ordenamiento jurídico como persona, pues subordinar la atribución de subjetividad jurídica a su estado de salud es en esencia un elemento ajeno a la titularidad de deberes y derechos que por naturaleza tiene el hombre.

Ello precisamente fue argumentado en la discusión parlamentaria del Código Civil de 1916 a fin de adoptar la teoría vigente de la vitalidad y desechar la antigua teoría de la viabilidad.[276] Así en dicha discusión señaló el diputado Crespo Vivas que el individuo de la especie humana, separado del vientre materno natural o artificialmente, vive, ha de considerarse como persona, y por tanto capaz de derechos y obligaciones; que pueda continuar viviendo o no es punto que nada tiene que ver con la personalidad[277].

Como justificar desde el punto de vista de la dignidad que merece el ser humano, que no se considere "persona" a un ser que ha nacido y vivido, sólo por la circunstancial consideración médica de que posiblemente morirá. Tan arbitraria es la situación, como arbitrario sería que el recién

---

desviaciones orgánicas se pueden distinguir las variedades anatómicas, que no alteran las formas exteriores del cuerpo ni trastornan el ejercicio regular de las funciones (Ej: un músculo supernumerario), los vicios de conformación, que alteran la forma y comprometen el ejercicio de las funciones (Ej. labio leporino) y las...que alteran al mismo tiempo la forma y la estructura perturbando la salud o poniendo en peligro la vida".

275 Creemos que la posición más consecuente con la condición del ser humano es precisamente concederle personalidad o subjetividad jurídica por el solo hecho de la vida, al margen de que se tenga aptitudes para seguir viviendo.

276 Véase *infra* N° II.3.2.

277 Véase: *CODIGO CIVIL DE VENEZUELA, Arts. 1 al 18*, *Ob. Cit.,* p. 576.

nacido que muera inmediatamente al nacer por un accidente cualquiera siendo viable, sería bajo esta teoría "persona" y un ser que vivió más tiempo no llegaría a serlo. ¿Qué diferencia sustancial existe entre uno y otro ser sino la distinción en la causa de muerte?. Si la precaria salud, o la posibilidad inminente de morir no suprime per se la personalidad jurídica, tampoco ha de ser motivo suficiente para no conceder la subjetividad a quien ciertamente es un ser humano nacido con vida.

Borda señala que el rechazo a este sistema se justifica plenamente por las siguientes razones: a) en primer término, es la solución que impone el respeto debido al ser humano, basta que la criatura haya tenido aunque sea por instantes el soplo de la vida para que el derecho no pueda considerarla como inexistente, puesto que existió; b) en segundo lugar ¿Qué diferencia hay, desde el punto de vista jurídico entre una criatura que ha vivido algunos instantes y fallecido por un hecho accidental y otra que ha fallecido por un defecto orgánico? ¿Por qué ha de ser más persona aquélla que ésta?; c) la cuestión de si hay o no una incapacidad orgánica para sobrevivir, da origen a innumerables enojos y cuestiones de hecho, que no siempre pueden resolverse satisfactoriamente. Puede tratarse de un defecto que le permita vivir algunos meses ¿en qué sentido resolver la cuestión de la viabilidad?[278].

En el mismo sentido refiere Abelenda que la dificultad se encuentra en el mismo principio, que no entendemos no responde a ninguna exigencia práctica o científica, y que únicamente puede suscitar inútiles discusiones de escuela, errores lamentables al tratar de determinar técnicamente la cuestión de la viabilidad y muchas veces fraudes[279].

Borda comenta que las legislaciones modernas están rechazando el requisito de la viabilidad que algunos adoptaron por la prestigiosa in-

[278] Borda, *Principio...*, p. 9.
[279] Abelenda, *Ob. Cit.,* p. 229.

fluencia del Código francés[280]. La mayoría de las legislaciones adoptan la teoría de la vitalidad[281]. La viabilidad es consagrada en Guatemala[282] y Uruguay[283].

Nuestra legislación abandonó tal teoría de la viabilidad y adoptó la de la vitalidad en el Código Civil de 1916 a propuesta de Emilio Constantino Guerrero[284]. A tal efecto indicó: "La teoría de la viabilidad del feto ha sido ya relegada por la ciencia pues además de los complicados procesos judiciales a que da origen, cuando se trata de inquerir a quien correspondería la sucesión abierta durante la vida intrauterina del nacido o no viable, ella está inspirada en absurdos de otras épocas, cuando se rodeaba el nacimiento de mitos vulgares, creados por la ignorancia y la superstición y tendientes siempre, por desgracia, a deprimir la dignidad del hombre. La ciencia reconoce la formación en el vientre humano, de seres deformes, en que se rompe inusitadamente la ley de estructura de

---

[280] Borda, *Principio...*, p. 9. Véase en el mismo sentido: Llambías, *Ob. Cit.,* p. 243.

[281] Véase referencia a la norma relativa al comienzo de la personalidad consagrando la **vitalidad** en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela en http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/ni%F1o/d1.htm ; Costa Rica, artículo 31 CC (http://www.costaricalaw.com/LEGALNET/civil_law/libro1.php); Puerto Rico, artículo 24 CC (http://www.lexjuris.com/LEXLEX/lexcodigoc/lexdispgenerales.htm); Paraguay, CC, artículo 28 (http://www.leyes.com.py/rubros/constitucion_codigos_convenios/codigos/Codigo_civil/LibroI/I_tituloI.html); Nicaragua CC, artículos 5 y 21 (http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwenic.htm).

[282] Véase CC , Guatemala, "artículo 1 La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de *viabilidad*" http://www.mintrabajo.gob.gt/varios/compendio_leyes/codigo_civil (Destacado nuestro). Véase también comentando dicha norma la página web del Congreso de Guatemala: "ya que, para el caso de la personalidad jurídica, se consolida siempre y cuando nazca en condiciones de viabilidad, significando esto, de conformidad con lo establecido en la exposición de motivos del Código Civil: "la condición de que la criatura "haya nacido viva y que por su constitución anatómica y fisiológica sea viable"", encontrando este precepto en el anterior código y persistiendo en el actual" (http://www.congreso.gob.gt/gt/forolevel1a.asp?Id=349 consultada el 4-6-07)

[283] Véase: Franca Tarrago, Omar: *Legislación uruguaya en relación al inicio de la vida humana y sus derechos*. www.ucu.edu.uy/.../Etica/Publicaciones/2Bioetica%20o%20Etica%20de%20la%20Vida/abor_asp_legal.pdf Refiere el autor que el artículo 835, 1° establece que son incapaces "el que no estuviere concebido al tiempo de abrirse al sucesión o, aunque concebido no naciere *viable*" (Destacado nuestro). Vése tal norma en: http://www.todoelderecho.com/Premium_Free/uruguay/codigos/codigocivil/1996/l3T4.htm. El artículo 216, 3°. del CC Uruguayo indica "*Si la criatura no ha nacido viable, esto es, de vida y que haya vivido veinticuatro horas naturales*" (http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/CodigoCivil/2002/L1t6c1.htm). No obstante, según veremos respecto del CC español, el superar las 24 horas de nacido, no implica "viabilidad"

[284] Véase i*nfra* N° II.3.2.

los órganos, sea por causa de enfermedades, por influjo de la imaginación o simplemente por una posición irregular del feto; será ello una desgracia irremediable; pero si ese ser deforme nace vivo, aunque condenado irremisiblemente a perecer por su ineptitud para el ejercicio continuado de funciones fisiológicas debe sin embargo, considerársele como persona, como sujeto capaz de derechos y obligaciones, a quien no podría, en rigor de justicia, una caprichosa certificación de no viabilidad, despojar de los beneficios que la ley acuerda. Por ello, las legislaciones modernísimas siguen otros rumbos; y hoy, el Código Civil Alemán, en su artículo 1°, declara que, para que el niño sea considerado como persona ante el derecho, 'basta que haya nacido vivo'. Y mucho antes, ya había declarado la jurisprudencia italiana que, en caso duda sobre la viabilidad del niño, basta con que haya nacido vivo para que pueda gozar de los beneficios de la ley... Nuestro Código Civil, debe entrar por esa vía, y modificar el artículo, acogiendo la disposición del Código alemán"[285].

Es necesario recalcar que nuestro sistema a partir de 1916 abandona la teoría de la viabilidad y adopta la teoría de la vitalidad consagrada en el artículo 17 del Código Civil. Por lo que resulta errado afirmar que en nuestro derecho vigente la persona debe nacer viva y viable[286]; desde hace casi un siglo en el ordenamiento venezolano, la persona sólo ha de nacer viva.

Refiere Llambías que fundar la capacidad de derecho en la viabilidad y no en la vida es contradictorio con los principios generales según los cuales la personalidad es inherente a los seres humanos. Para ser consecuentes con esa idea, se puede agregar, habría que retirar la capacidad a los enfermos desahuciados por haber perdido la aptitud para prolongar la vida, pero a nadie se le ha ocurrido tal desatino[287].

El *status* de persona ha de ser simultáneo al nacimiento con vida porque lo contrario permitiría el absurdo de seres humanos nacidos vivos que

---

[285] Constantino Guerrero, *Ob. Cit.,* pp. 85 y 85.

[286] Este error se encuentra en: Valery Vasquez, Natalio y Geraldine Ferrer García: *Anotaciones Derecho Civil I Personas. Práctica Forense*. Caracas, Ediciones Librería Destino, s/f., p. 45, los autores en forma errada indican que se requiere nacer vivo y viable. (El texto no obstante no tener fecha es posterior a la Constitución de 1999 pues alude a ésta). Recordemos una vez más que nuestro sistema a partir del CC de 1916 adopta la teoría de la vitalidad. Los autores también se refieren a la "legitimación" (véase, *Ob. Cit.,* pp. 13 y 14, pp. 146-149), institución eliminada en la Reforma del CC de 1982.

[287] Llambías, *Ob. Cit.,* p. 243.

no detentarían personalidad jurídica. Y ello atentaría contra un principio básico en materia de Derecho de la Persona, a saber, que todo ser humano es persona o sujeto de derecho. Tales ideas inclusive han sido consagradas en instrumentos internacionales, al señalar que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica[288].

La teoría de la viabilidad es inconsecuente con otro principio en materia de derecho de la persona, a saber, que todo ser humano tiene *dignidad*[289]. En efecto, la aptitud para continuar con vida una vez que ésta se tiene, ciertamente es una condición adicional que desconoce la existencia misma de la persona humana como sujeto de derecho. Se es persona por la sola circunstancia de nacer y respirar aunque sea un instante siquiera; sólo ello debe conferir la existencia jurídica. Esa es, sin duda, la solución más amplia, segura y digna con la persona natural. Pensemos por un momento que exista un ser que ha vivido durante meses[290] o quizás años y el Derecho no lo considere persona porque carece de aptitud para seguir viviendo ¿Qué sería ese ser jurídicamente si no es persona o sujeto de derecho? ¿Cuál sería la condición jurídica de tal ente? El ser humano nacido vivo pero inviable estaría en una suerte de condición *sui generis* que no coincidiría con la condición plena de persona o sujeto de derecho. Llegaríamos así a situaciones absurdas que desconocerían la dignidad del ser humano y su proyección en el ámbito jurídico[291]. Es por eso, que creemos que la teoría de la viabilidad debe ser rechazada por los diversos ordenamientos jurídicos; la misma se opone a uno de los principios deter-

[288] Véase *supra* N° I.1.1. Esto pues estamos refiriéndonos al ser humano nacido vivo y no al concebido quien ciertamente tiene una condición distinta.

[289] Véase *supra* N° I.2.1. Recordemos que todo ser humano tiene dignidad en sentido ontológico, al margen de su conducta u otra consideración.

[290] Es absolutamente chocante a la dignidad humana concluir que un recién nacido vivió, existió, respiró, entre otras cosas y sin embargo, por aplicación de la viabiliad, por presentar un pronóstico de muerte, para el orden legal no fue persona. ¿Como justificar ante el Derecho y sus progenitores que no fue nada si efectivamente el ser vivió?. Afecciones como la "anencefalia" propician una muerte segura del recien nacido, pero se registran casos de sobrevivencia de semanas o meses (véase: http://www.anencephalie-info.org/sp/maria.htm, se indica un caso de 1 mes y 19 días). El respeto al ser humano precisa el reconocimiento de la subjetividad jurídica al margen de su estado de salud o de sus posibilidades de supervivencia. Recordemos que se es "persona" porque se tiene la potencialidad de ser titular de deberes y derechos, y esa posibilidad también la tiene el ser cuya salud está comprometida.

[291] En tal caso, las afecciones de salud no harían merecedor al ser humano de la personalidad jurídica. Existirían así seres humanos que han nacido vivos que en razón de ciertas enfermedades coexistirían con la persona natural sin tener ésta última condición.

minantes de la persona física, a saber, todo ser humano es persona y tiene personalidad. Tal principio no puede pretender ser matizado con requisitos contrarios a la esencia del ser humano, porque la dignidad del hombre representa otro axioma necesario al momento de precisar problemas jurídicos en torno a la existencia humana.

En el estado actual del Derecho y de la evolución jurídica, la teoría bajo análisis debe considerarse simplemente como una referencia histórica. Creemos que no podríamos jurídicamente retroceder en la adopción de la presente teoría en razón del carácter progresivo e irreversible de los derechos de la persona humana que consagra nuestra Carta Magna[292], por lo que cualquier pretensión de adopción futura en nuestra opinión sería contraria a la misma.

Esta teoría de la viabilidad fue acogida por nuestros Códigos Civiles desde el Código de 1873 hasta el código de 1904[293]. Algunas legislaciones extranjeras también la adoptaron[294] tal fue el caso del Código francés o Código de Napoleón de 1804[295], así como el Código Civil italiano

---

[292] La Carta Fundamental alude al principio de progresividad en su artículo 19. La progresividad e irreversibilidad de los derechos humanos implica que las innovaciones han de ser a objeto de ampliar los derechos y no de restringirlos o limitarlos. Así, una vez admitida la concesión de personalidad a partir del nacimiento vivo, no es posible retroceder pretendiendo una protección en un tiempo posterior. Véase: Nikken, Pedro: *Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999*. En: La Constitución de 1999. Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos N° 20, 2000, p. 340, refiere que la Constitución de 1999 reconoce la tendencia hacia la extensión de la protección de los derechos humanos de modo continuado e irreversible, tanto en lo que toca al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que se refiere a la eficacia y el vigor de las actuaciones de las instituciones internacionales de protección. Concluye el autor que aun cuando, en su formulación textual, pueden encontrarse ciertas contradicciones con este enunciado, la normativa constitucional es fiel, en general al principio de la progresividad.

[293] Vease: *CODIGO CIVIL DE VENEZUELA, Arts. 1 al 18*, *Ob. Cit.,* pp. 560 y ss. Véase *infra* N° II.3.

[294] Véase: Abelenda, *Ob. Cit.,* p. 228, reseña que la exigencia de viabilidad se encontraba en art. 725 del Código de Napoleón de 1804, en el 724 del Código Italiano de 1865, se encuentra también en el art. 833 del Código holandés, en los Códigos de los Cantones Suizos anteriores al Federal, como el art. 512 del Código de Vaud, art. 704 del Código de Friburgo, el art. 323 del Código de Tesino, el art. 577 del Código de Neuchatel; igualmente en el art. 925, que modifica el anterior Código ruso, en el Código Boliviano de 1843, en el Código Uruguayo y en Inglaterra.

[295] Véase artículo 725; *"Pour succéder, il fiut nécessairement exister á l'instant de l'ouverture de la succesion.*
Aiinsi, son incapables de succeder,
1°Celui qui n'est pas encore concu;
2° L'enfant qui n'est pas né viable:
3° Celui qui est mort civilement".

de 1865[296]. Este último establecía una presunción[297] *iuris tantum* de viabilidad, es decir, que consideraba que todo niño vivo era viable salvo prueba en contrario[298]. Lete del Río comenta que tal vez el origen de la exigencia de la viabilidad o aptitud para continuar viviendo fuera del claustro materno se encuentra en el Derecho germánico, que reclamaba que el nacido viviera nueve días[299].

En opinión de Aguilar Gorrondona el Código Civil español establece que es viable quien sobrepase el lapso de veinticuatro (24) horas de nacido[300]. En el mismo sentido Hung Vaillant señala que el Código Civil español establece una presunción que no admite prueba en contrario de considerar viable todo niño que ha sobrevivido 24 horas al nacimiento[301]. Sin embargo, esta afirmación no puede hacerse sin mayores reparos, pues la generalidad de la doctrina española admite que la referencia a dicho período en el artículo 30 del Código Civil español no tiene nada que ver con la viabilidad ya que ésta se refiere a la aptitud de vivir por sí solo[302]. El artículo 30 del Código Civil español prescinde a la hora de

---

[296] Véase *supra* el artículo 724; "*Sono incapaci di succedere*
1° Coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti;
2° Coloro che non sono nati vitali
Nell dubbio si presumono vitali quelli di cui consta che sono nati vivi. "

[297] Con relación a la presunción véase: Marín Pérez, *Ob. Cit.,* p. 77: presunción es la averiguación de un hecho desconocido deduciéndolo de otro conocido. Si esta presunción la hace la ley, es legal. A su vez, si esa operación lógica admite prueba en contrario, se denomina presunción *iuris tantum*; si, por el contrario, la presunción es absoluta y no admite contradicción, se llama presunción legal *iuris et de iure*. Véase artículo 1.394 del Código Civil que prevé: "*Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer otro desconocido*". Y artículo 1.397 *eiusdem*: "*La presuncion legal dispensa de toda prueba a quien la tiene a su favor*"

[298] Véase el citado artículo 724; Véase; Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.,* pp. 50 y 51.

[299] Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 43.

[300] Véase Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.,* p. 51.

[301] Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* p. 87.

[302] Castán Tobeñas comenta que el Código Civil español se encuentra al parecer influido por la tesis de la viabilidad, pero no lo ha logrado recoger con fórmula técnica adecuada pues una cosa es la viabilidad y otra el plazo de vida (Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil Español Común y Foral*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955, T. I, Vol. I, p. 108.). En el mismo sentido, Albaladejo siguiendo la doctrina mayoritaria –a excepción de Pérez González que lo considera implícito– señala que "el Código no exige la viabilidad del nacido para considerarlo persona" (Albaladejo, *Ob. Cit.,* p. 215. Véase en el mismo sentido: Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 21. Igualmente indica Valverde y Valverde: "El vivir 24 horas no puede determinar en modo alguno que un niño sea viable o no" (Valverde y Valverde, *Ob. Cit.,* p. 249.) El plazo de las veinticuatro horas de vida extrauterina no significa que la criatura pueda vivir o seguir viviendo (viabilidad); pues, como se acaba de decir, un feto no viable puede ser mantenido con vida durante mucho más tiempo que veinticuatro horas y, en cambio, un ser perfectamente viable puede morir antes del transcurso del plazo legal, por ejemplo un accidente. Este plazo se exige en la legislación española

atribuir la personalidad jurídica del requisito de la viabilidad del nacido. Por tanto, adquiere personalidad civil el feto que nace con tan graves defectos congénitos y orgánicos que anticipan una muerte segura, pero que sin embargo, logra subsistir más de veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno[303].

Para Aguilar Gorrondona este sistema, relativo a establecer un número determinado de horas, es criticado por la doctrina, pues puede ser viable un niño nacido a las pocas horas de nacido por un accidente y no serlo otro que dure varios días[304]. Ahora, respecto a estos comentarios, insistimos que el *Código Civil español* según indicamos *no adopta la viabilidad*. Precisamente Castán Tobeñas coloca el ejemplo que refiere Aguilar (un feto no viable puede ser sostenido artificialmente y un niño viable podría morir antes del término legal por un accidente cualquiera) para concluir que establecer un plazo no tiene que ver con una presunción de viabilidad[305]. Para la viabilidad, debe considerarse simplemente la aptitud para vivir fuera del seno materno independientemente del tiempo de vida que pudiese tener el recién nacido.

El artículo 337 del Código Civil mexicano prevé[306] que para los efectos legales sólo se reputa nacido al feto que desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil[307]. Observemos que en tal caso la referencia a las 24 horas tampoco tiene que ver con viabilidad pues, al igual que en el Código Civil español, no supone aptitud para seguir viviendo por si mismo. Sin embargo debe observarse que esta norma es susceptible de crítica pues deja a la vo-

---

simplemente por razones prácticas de seguridad y certeza. Es claro que el artículo 30 del Código Civil no recoge entre los requisitos del nacimiento la llamada viabilidad o aptitud para continuar viviendo fuera del seno materno. Afirmación que no sufre porque el propio Código Civil utilice las palabras viable en sus arts. 960 y 964. (Lete del Río, *Ob. Cit.,* pp. 44 y 45). Es así como la doctrina española, de forma casi unánime, estima que el Código Civil no exige, en los mencionados artículos 29 y 30, la condición de 'viable' en el nacido para alcanzar la condición de persona humana. (Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 8. No obstante el autor se inclina por pensar que en tales preceptos se encuentra implícita tal exigencia, aunque no se le denomine así expresamente pues si no que sentido tiene exigir al nacido que tenga la configuración de verdadero ser humano).

303 Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 62.

304 Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.,* p. 51.

305 Castán Tobeñas, *Ob. Cit.,* p. 108.

306 Véase: http://comprasep.sep.gob.mx/marco_J/Codigos/ccivilfram.htm y http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/1/343.htm?s

307 Véase: Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro: *Derecho Civil Introducción y Personas*. México, Edit. Harla, 1995, *Ob. Cit.,* p. 150; En el mismo sentido: Gomis, *Ob. Cit.,* p. 207; Soto Alvarez, *Ob. Cit.,* p. 83.

luntad del presentante el inicio la personalidad de aquellos seres que sin superar las 24 horas sean presentados con vida ante el Registro Civil.

2.2.3 *La figura humana*

La presente teoría –como su denominación lo denota– refiere que la personalidad jurídica presupone que el ser nacido vivo tuviese adicionalmente "figura humana".

Aguilar Gorrondona señala que con ello se pretendía excluir a los prodigios o monstruos, pero hoy día nadie –a decir del autor– se adhiere a la teoría porque se sabe que es la generación y no la figura lo que determina la condición humana del nacido[308].

Ahora bien, el citado artículo 30 del Código Civil español[309] consagra el requisito de la figura humana a los efectos de considerar nacido al feto. Y dispone dicha norma: "*Para los efectos civiles, sólo se reputara nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*"[310].

El requisito de la "figura humana" ha sido siempre exigido por la tradición jurídica española, que ha excluido de la condición de persona al nacido que, en la concepción común, no se puede conceptuar como tal[311]. Señala Castán Tobeñas que el requisito de la figura humana, es un tributo a la preocupación de tiempos pasados, que admitía la posibilidad de que pudieran nacer de mujer, seres que no pertenecieran a la especie, o una exigencia inútil porque en los fetos monstruosos, acéfalos, por ejemplo, se paraliza la vida desde el momento que se corta el cordón umbilical.

---

[308] Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.,* p. 51.

[309] Véase http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/cc_0107.htm#LIBRO%20PRIMERO.%20De%20las%20personas

[310] No obstante, el feto que no reúne esa condición relativa a la figura humana es denominado en la legislación española, "criatura abortiva", según prevé el artículo 745 del Código Civil español, a propósito de la incapacidad para suceder.

[311] Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 216.

Luego cita a Ferrara quien considera que en la mayoría de estos casos simplemente falta el requisito de la vitalidad[312].

Esta disposición del Código Civil español se observó en el Código Civil venezolano de 1867 en su art. 122 en los siguientes términos: "*Para los efectos legales solo se reputa nacido el feto, que desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive veinticuatro horas naturales*". Esto pues recordemos que el Código Civil venezolano de 1867 se inspiró a su vez en el proyecto de Código Civil para España de Florencio García Goyena de 1851 aun cuando éste aludía a cuarenta y ocho horas naturales[313].

Realmente esta postura es curiosa, pues si dejáramos correr nuestra imaginación podrían plantearse casos en los que realmente sería difícil determinar qué es figura humana. Es decir, un primer y gran inconveniente consistiría en la discusión por lo demás subjetiva de los criterios que definen los parámetros de la "figura humana".

Comenta en este sentido Fernández de Buján que es necesario advertir que el Código español no fija los caracteres de la figura humana por lo que su determinación queda al arbitrio jurisprudencial[314]. Sabemos que

---

[312] Castán Tobeñas, *Ob. Cit.,* p. 107. Véase igualmente: Moro Almaraz y Sánchez Cid, *Ob. Cit.,* p. 116. Véase también: Albaladejo, *Ob. Cit.,* p. 214: "Requisito, éste, criticado por considerar que responde a la creencia inexacta de que la mujer pueda dar vida a seres no humanos. Mas, en todo caso, impide que sean personas para el Derecho los seres humanos que, aun pensando –si es que es pensable– que puedan vivir natural o artificialmente hasta algunos días después del nacimiento, tienen tal tipo de irregularidad que, según la opinión común, su figura no es humana (por ejemplo, acéfalos, bicéfalos, etc., en los que, además, su defecto pone de relieve la imposibilidad para seguir viviendo)". Véase también: Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Ob. Cit.,* p. 311, indicaba Savigny que son seres humanos los que presentan signos característicos de humanidad, apreciables exteriormente, no ha de ser según la frase romana, ni un *monstrum* ni un *prodigium*.

[313] Cuyo artículo 107 disponía: "*Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales*". Sobre éste último aspecto de la referencia a las 48 horas, véase Proyecto de Código Civil Para España de Florencio García Goyena, 1851, Artículo 107, p. 69, se comenta que, a decir verdad, debía parecer suficiente el de veinte y cuatro horas señalados en la Ley del Toro que formaba el último estado; pero había en el seno de la comisión sujetos respetables que miraban como un despojo hecho a la familia del padre o madre difuntos esta súbita transmisión de bienes por la sola circunstancia de sobrevivir la criatura 24 horas, y pretendían prolongarla mucho más allá de los diez días del Fuero Juzgo; el término de cuarenta y ocho horas fue como una especie de transacción; de todos modos si es conveniente señalar tiempo, el señalamiento siempre será arbitrario.

[314] Fernández de Buján, *Ob. Cit.,* p. 228, nota 205.

afortunadamente es muy difícil que en el Derecho español tenga lugar un caso de aplicación práctica de esta teoría. Pero en todo caso la discusión de los supuestos que complementan la noción de "figura humana" sería subjetiva y complicada. Obsérvese que ciertos animales como es el caso de los grandes primates distintos del hombre presentan figura humana, lo cual es lógico por su estrecha vinculación en el ciclo evolutivo de las especies. ¿Quién calificaría entonces lo que es figura humana? ¿Sería suficiente un cuerpo con las correspondientes extremidades? ¿Qué decir de los seres que tengan dos cabezas? Ciertamente se plantearían casos insólitos y por lo demás absurdos.

Podría contestarse por ejemplo que quien tenga dos cabezas sería doblemente humano o persona. En este sentido Cifuentes comenta que los hermanos siameses que provienen de un embarazo múltiple univitelino, por fecundación de un solo óvulo con dos gérmenes fecundantes o dos vesículos germinativos, o dos embriones, están físicamente adheridos y si no se pueden separar se está en presencia de dos personas. Basta la doble formación integral unida para considerar la doble personalidad. Sin embargo algunos derechos personales como el matrimonio, quedan puestos en tela de juicio dado que se requiere intimidad[315].

De manera que constituye una reminiscencia incomprensible la contenida en el artículo 30 del Código Sustantivo español. Dicha disposición es apoyada por Lete del Río quien siguiendo a De Castro indica que se trata de una formula popular y expresiva para excluir de la condición de nacido a seres que, aunque nazcan vivos, el sentir popular no permite se les considere como personas[316].

Por su parte, Carrasco Perera comenta que el artículo 30 del Código Civil español representa una inexplicable anomalía, como sucede con tantos otros preceptos del Código que resultan incomprensibles a los ojos del jurista moderno, la razón es meramente histórica –Ley 13 de

---

[315] Cifuentes, *Elementos...,* p. 89.

[316] Véase: Lete del Río, *Ob. Cit.,* pp. 43 y 44, siguiendo a De Castro el autor indica que no se les considera personas a : "A) los fetos acéfalos, bicéfalos, hemicéfalos, cíclopes, etc., con deformaciones groseras y visibles, que pueden subsistir algunos días, cuya falta de figura humana evidencia la imposibilidad de vivir; b) la inmadurez fetal, en los casos que, sin producir la muerte biológica inmediata, la misma falta de forma humana manifiesta su ineptitud para vivir; c) los nacidos de mujer que no sean de raza humana, en el caso de que esto sea posible".

Toro de 1505 disminuyendo lo que pedían las partidas de 9 días redujo el tiempo a 24 horas, lo que entonces representó un avance constituye un anacronismo–. Y agrega acertadamente el autor: "La solución ofrecida por el artículo 30 del Código es contraria al principio de la dignidad de la persona que el artículo 10 de la Constitución Española proclama. Lo más acorde es que la personalidad se haga depender del hecho del nacimiento"[317].

De tal suerte, que si en el Derecho Español tuviese lugar un caso donde se discuta la personalidad en función de la figura humana según el artículo 30 del Código Civil español, se debería concluir –a nuestro criterio– que dicha norma es inconstitucional por afectar el principio fundamental relativo a la dignidad de la persona humana. Al margen de que la citada disposición española sea producto de una reminiscencia histórica y que sólo se limite a los efectos civiles, la interpretación debería siempre dirigirse en pro de la dignidad de la persona natural[318]. Sería contrario a los principios constitucionales y consagrados en los Instrumentos internacionales excluir la personalidad jurídica según la figura del ser o su apariencia física. El ser humano nacido vivo es persona por su sola condición de tal al margen de su forma.

Entre los comentarios al Proyecto de Florencio García Goyena se indica que se aludió a "figura humana" tal como lo disponían el Digesto y las Partidas, como si pudiesen haber "cabeza u otros miembros de bestia"[319]. Pero esta terminología peyorativa igualmente se encuentra referida en otros textos, así resulta curiosa la referencia histórica que hace el autor alemán Hattenhauer pues comenta que mayor problema

---

[317] Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 63. Adicionalmente indica el autor que tampoco tiene mucho sentido que la persona sea una "para los efectos civiles" y otra para los penales; esa diferencia valorativa no tiene ninguna explicación plausible.

[318] No estamos de acuerdo con la afirmación de Diez-Picazo y Gullón según la cual la figura humana es aceptada por la Convención de los Derechos del Niño, al entender en su art. 1 por niño "todo ser humano" menor de dieciocho años de edad. (*Ob. Cit.,* p. 216). No creemos que se pueda sostener tal interpretación en base a un instrumento fundamental de protección como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño; precisamente cuando la ley se refiere a "ser humano" esta considerando un ser con una condición psicofísica y una dignidad especial por su solo *status* de tal que no tiene en modo alguno nada que ver con "la figura". Así pues que a nuestro criterio "ser humano" no es sinónimo de "figura humana". Contrariamente, el ser humano es tal por algo más trascendente a la figura. Creemos que esta es la interpretación acorde con el axioma según el cual todo ser humano es persona y tiene dignidad.

[319] Véase Proyecto de Código Civil Para España de Florencio García Goyena, 1851, Artículo 107, p. 69

representaban aquellos seres vivos que, aunque engendrados y nacidos de hombre, despertaban dudas sobre su posesión de la razón constitutiva de la condición humana[320]. Señala el autor que a diferencia de los hombres actuales, cuya visión de las anormalidades queda paliada mediante la reclusión de los afectados por ellas en centros asistenciales, los hombres de épocas pretéritas sabían muy bien lo poco que tienen de humanos algunos nacidos de hombres. En todos los tiempos existieron engendros que llegaron a tener vida biológica sin ser capaces de reacción alguna, y mucho menos de expresarse[321]. Añade Hattenhauer que 'En todas las épocas se ha planteado la pregunta angustiada de si el ser animado que respira es, de alguna manera, capaz de sentir. Esta experiencia cuestionó seriamente el orgulloso culto rendido por los partidarios del Derecho natural a la razón como símbolo-status del hombre y de la naturaleza humana. Aquí tuvo que resignarse el Derecho común y precisar: "*Los nacidos sin forma ni constitución humana, carecen de derecho familiares y civiles"*. Aunque añade el mandato (parr. 18) "*Mientras tales engendros vivan, deberán ser... alimentados y mantenidos en la medida de lo posible*"'[322].

Esta referencia histórica repugna a la sensibilidad humana y jurídica, tan solo con la utilización del término absolutamente despectivo "*engendros*" e incluso resulta insólito el hecho de que la manutención de tales seres ni siquiera fuese obligatoria sino en "*la medida de lo posible*". El asunto no precisa de mayor comentario. No obstante, inclusive cierta terminología médica pretende aludir a "*monstruosidad*"[323] y hacer una clasificación de la misma[324], para señalar ciertas deformidades del ser humano, expresión a todas luces despectiva y contraria al respeto que al margen de su forma merece el ser humano.

Sin embargo, consideramos que no está de más recalcar que si la teoría de la viabilidad vulnera la dignidad del ser humano, con mayor razón la teoría de la figura humana, la cual toca el límite del absurdo. En conse-

[320] Hattenhauer, *Ob. Cit.,* p. 17.
[321] *Ídem*.
[322] *Ídem*.
[323] Véase: Giugni, *Ob. Cit.,* p. 355: "En algunos casos teratológicos, si la monstruosidad es incompatible con la iniciación de la vida misma... como sería el caso de una anencefaila". Agrega el autor que la teratología es la suma de los conocimientos relativos a los mostruos y que la anencefalia es la falta de cerebro o sin acrania (*ibid*., p. 375).
[324] Véase: Gajardo, *Ob. Cit.,* p. 111, clasifica los "mostruos": por falta de órganos, por exceso de órganos, por anormal posición o invasión de órganos.

cuencia, aquí vale la misma consideración que hicimos al referirnos a la doctrina de la viabilidad que por vulnerar la dignidad de la persona humana y en razón del carácter progresivo de los derechos en nuestro ordenamiento jurídico, no sería posible jurídicamente retroceder a la consagración de la presente teoría[325]. Y como el Derecho está inspirado por la lógica, debe seguirse en esta materia relativa al inicio de la personalidad del sujeto natural las ideas que inspiran el respeto por la dignidad de la persona humana.

En este sentido, resulta válida y pertinente la opinión de Andorno al señalar que la posición más justa es la que reconoce a todo ser humano como "persona" al margen de su estado físico o psíquico, pues para ser "persona" basta con la simple pertenencia a la especie humana, no siendo exigible ningún requisito adicional[326].

El análisis de la presente teoría nos permite ratificar la conclusión que ya adelantamos igualmente en el examen de la teoría anterior; la única teoría del nacimiento consecuente con la dignidad de la persona humana, es la teoría de vitalidad. La subjetividad jurídica humana ha de ser paralela al nacimiento con vida, la exigencia de requisitos adicionales que suponen la posibilidad de vida humana posterior al nacimiento sin personalidad jurídica contrarían los principios según los cuales todo ser humano es persona y toda ser humano tiene dignidad.

2.3 *TEORÍA ECLÉCTICA*

El calificativo de teoría "*ecléctica*" como su denominación lo indica[327] surge de la combinación de algunas de las teorías estudiadas con otras variantes o requisitos adicionales que pudiera precisar cada legislación.

En el ámbito nacional, para Aguilar Gorrondona la teoría ecléctica surge de la fusión de la teoría de la concepción y la del nacimiento; corriente

---

[325] Véase *supra* II.2.2.2.

[326] Andorno, Roberto: *¿Todos los seres humanos son personas?*. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. En: http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co9p12.html

[327] Véase: Diccionario de la lengua española, *Ob. Cit.,* T. I, p. 786, el vocablo proviene de "eclecticismo", relativo a la escuela filosófica que procura conciliar las doctrinas que parecen mejores o más verosímiles, aunque procedan de diversos sistemas. En sentido figurado responde a un modo de juzgar u obrar que adopta una postura intermedia, en vez de seguir soluciones extremas o bien definidas.

según la cual la personalidad del ser humano comienza con el nacimiento pero por una ficción reconoce derechos al concebido, retrotrayendo los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción. A decir del autor, la teoría tiene su origen en el Derecho Común que sobre las bases de algunos textos de derecho romano formuló la regla relativa a que el concebido se tiene por nacido en cuanto se trate de su bien[328]. Pero tal regla es artificiosa e innecesaria –en acertada opinión de Castán Tobeñas–, pues no debe considerarse al concebido como ya nacido, basta con reconocer a su favor reserva de derechos eventuales. El concebido es una esperanza de hombre. De manera que citando a Bonfante considera –sabiamente el autor– que tal regla, aplicada al pie de la letra, está en contradicción con otras normas que niegan la personalidad del que está por nacer, pues el concebido no es persona"[329]. El verdadero principio es para algunos: que el concebido no es actualmente persona, su capacidad se calcula en cuanto sea preciso desde la concepción[330].

Como bien, indicamos[331] la adopción de la teoría de la concepción supondría conceder la personalidad al ser respecto del cual se pueda probar la concepción aun cuando no se consolide posteriormente el nacimiento. La protección al concebido en atención a su existencia natural, al margen de la teoría del nacimiento que se adopte, constituye una orientación general en las legislaciones incluyendo la venezolana.

Siendo así, el planteamiento de Aguilar Gorrondona no constituye en esencia una tercera teoría pues la protección al concebido no desvirtúa la adopción de la teoría de la vitalidad. De allí que en modo alguno consideramos que el ordenamiento venezolano asuma una posición intermedia en torno al comienzo de la personalidad, pues como señalamos[332] nuestro Código Civil en su artículo 17 adopta claramente la teoría de la vitalidad. La protección que nuestro ordenamiento jurídico le concede al concebido en razón de su existencia natural[333] no configura la adopción de una pretendida teoría ecléctica.

---

[328] Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.,* p. 52. Véase igualmente: Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* p. 87.
[329] Castán Tobeñas, *Ob. Cit.,* p. 104.
[330] *Ídem*.
[331] Véase *supra* N° II.2.1.
[332] Véase *supra* N° II.2.2.1.
[333] Véase *infra* N° II.4.1.2.

En este sentido, compartimos la opinión de Graterón Garrido al indicar: "Es preciso dejar claro, que el legislador venezolano, de acuerdo con el artículo anterior, no es que asuma una posición ecléctica en cuanto a las teorías de la concepción y del nacimiento (vitalidad), sino que toma en cuenta el interés del feto, considerándolo como nacido en todo aquello que le beneficie; pero, para que se cristalice tal beneficio, es decir, para que esos derechos queden irrevocablemente adquiridos, se exige su nacimiento y con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados del cuerpo de la madre"[334]. De manera, que no es posible entremezclar la teoría de la concepción y del nacimiento, porque ciertamente se excluyen, pues la protección al concebido no desvirtúa la adopción de la teoría del nacimiento y en particular la de la vitalidad.

Ahora bien, la expresión "teoría ecléctica" podría considerarse en un sentido distinto al referido por Aguilar Gorrondona. Contreras, en efecto, alude a la teoría ecléctica para señalar el supuesto que combina el nacimiento vivo con el añadido de haber superado las 24 horas. El autor señala que los sostenedores de esta teoría consagran lo siguiente: "indudablemente no sería persona quien no nazca vivo, pero tampoco es lógico atribuirle condición de persona a aquel ser que nace y muere instantes después, porque no tenía aptitudes físicas para hacerse sujeto de Derecho. Entonces los *eclécticos* ponen un término definido a la viabilidad (*vitae habilis*), el cual fijan en 24 horas, posición ésta adoptada por el Código Civil español"[335].

En torno a la referencia de Contreras, vale observar según señalamos[336] que el artículo 30 del Código Civil español como bien ha indicado la doctrina no consagra la teoría de la viabilidad y simplemente ha puesto un plazo a los efectos de la adquisición de la personalidad. Nada tiene que ver ello con la viabilidad pues las 24 horas según dijimos puede excederlas un ser no viable, o contrariamente, puede no superarlas un ser perfectamente viable pero fallecido a causa de un accidente. Siendo así no es correcto afirmar que los eclécticos "ponen un término definido a la viabilidad".

---

334 Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 54.
335 Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* p. 90. Destacado nuestro.
336 Véase *supra* N° II.2.2.2.

Pensamos que ciertamente puede hablarse de una posición o teoría ecléctica en aquellos casos en que se precisa además del nacimiento vivo otros requisitos adicionales a los fines de completar la personalidad, distintos a la "viabilidad" o la "figura humana". Ejemplo de ello es precisamente el artículo 30 del Código Civil español, el cual repetimos no consagra la teoría de la viabilidad, sino que precisa la necesidad de "figura humana" y superar las 24 horas de vida. Así entendido, la teoría ecléctica combina cualquiera de las teorías del nacimiento indicadas con otros requisitos como es el caso del exceder las 24 horas. Creemos que el citado artículo 337 del Código Civil mexicano[337] también se presentaría como un ejemplo de la teoría ecléctica, pues la norma prevé que para los efectos legales se reputa nacido al feto que desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil[338]. Decimos que se trata de una teoría ecléctica porque, a una de las teorías del nacimiento estudiadas como es la vitalidad, le adiciona otros requisitos a fines de la concesión de la personalidad del ser humano.

Tal referencia del Código mexicano al Registro Civil supone el nacimiento vivo y por ello decimos que constituye un ejemplo de teoría ecléctica; por lo que en modo alguno se podría sostener que la sola presentación al registro de un ser nacido muerto concede la personalidad. El inicio de la personalidad jurídica del ser humano no depende de su inscripción registral. Y así, según indicamos, quien le propicia la muerte a un ser nacido vivo inmediatamente a su nacimiento incurre obviamente en el delito de homicidio al margen de la inscripción en el Registro del Estado Civil[339].

---

[337] Véase *supra* N° II.2.2.2. Sin embargo, a ésta disposición de la legislación mexicana le criticamos el inconveniente que la atribución de la personalidad de un ser que no supere las 24 horas quedaría subordinada a la temprana inscripción en el Registro antes de las 24 horas de nacido. Si ello es así, es criticable el sistema adoptado en México porque ocurre una situación semejante a la que indicamos al referirnos al corte del cordón umbilical, si de ello depende la personalidad la misma quedará delegada a la voluntad de los terceros.

[338] Obsérvese que la legislación mexicana exige para considerar un ser persona cualquiera de las siguientes opciones: superar las 24 horas de vida o antes de tal lapso ser inscrito vivo en el Registro del Estado Civil.

[339] Véase *supra* N° II.2.2.1. En cuanto a la reducción de la pena en caso de falta de presentación ante el Registro del Estado Civil la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) en su artículo 684, derogó los artículos 413 y 439 del Código Penal, correspondientes a los artículos 411 y 437 del Código Penal GO E5.768 del 13-4-05. Sin embargo, curiosamente éste último Código reproduce los citados artículos que la LOPNA derogó. El artículo 411 del

De tal suerte, que es necesario aclarar en forma radical que el inicio de la subjetividad jurídica del ser humano NO depende en modo alguno de la inscripción en el Registro del Estado Civil. Refiere Aguilar Gorrondona que conviene aclarar que no obstante las expresiones equívocas de algunos autores, *nadie*, ha sostenido que la personalidad del ser humano comienza con la inscripción en el Registro Civil[340]. No se puede sostener el absurdo lógico y jurídico de que la personalidad del ser humano depende de su inscripción en el Registro del Estado Civil, y ello lo manifestamos ante ciertas afirmaciones que increíblemente parecieran dejar entrever lo contrario[341]. No obstante, resulta insólita una sentencia del 11 de febrero de 1994 del Juzgado Superior Primero de Familia y Menores que indica que de la inserción en el Registro Civil de Nacimiento "*dependerá su existencia civil como persona*"[342]. Curiosamente, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente presenta igualmente una grave impropiedad

---

Código Penal dispone una reducción de la pena si el delito de homicidio se ha cometido respecto de un recién nacido no inscrito en el Registro del Estado Civil dentro del término legal, por "salvar el honor" del culpado o la honra de su esposa, de su madre, de sus descendientes, hermana o hija adoptiva, la pena señalada de rebajara de un cuarto a la mitad. En sentido semejante se aprecia el artículo 437 del Código Penal que prevé una reducción de la pena de una sexta a una tercera parte y la conversión del presidio en prisión, en relación con el delito de abandono del niño recién nacido no declarado en el Registro del Estado Civil dentro del termino legal a los fines de salvar el honor. Sobre el delito de abandono de niños y otros incapaces, véase: Irureta Goyena, *Ob. Cit.,* pp. 155-212.

340 Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.,* p. 52.

341 Domínguez Guillén, *La persona...*, pp. 343 y 344. Véase sosteniendo este criterio: Messineo, *Ob. Cit.,* p. 91, quien indica que no es suficiente el nacimiento para entrar a la vida jurídica, se requiere el registro. Igualmente en el caso venezolano López Alfonso, Francisca: *El Registro, Rectificación e Inserción de Partidas de Nacimiento*. En: Competencia de los Asistentes Jurídicas del INAM y de los Procuradores de Menores. Caracas, Fiscalía General de la República, Publicaciones del Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público, N° 5, 1982, p. 52: "... la persona sólo puede ser considerada legal y jurídicamente como tal desde el momento de su inscripción en el Registro...; En el mismo sentido; Marín Echevería, *Ob. Cit.,* p. 24: "El nacimiento demuestra la existencia material del individuo, pero su registro le adiciona su existencia legal, lo cual le permitirá ser reconocido como persona por la sociedad y por el derecho, y consecuencialmente apto para ser sujeto de derechos, obligaciones y deberes". Véase igualmente: Universal, martes 17 de agosto de 1999: Se desconoce que sin este documento no existen y , por ende, no pueden disfrutar de los derechos establecidos en la Constitución Nacional. (http://www.eud.com/1999/08/17/15117CC.shtml).

342 AMCSFM1, Sent. 11-2-94, J.R.G., T. 129, p. 73.

en este sentido[343]. Ante tales confusiones, que no tienen asidero jurídico ni lógico, sólo cabe aclarar que por más importante que sea la institución del Registro del Estado Civil, la misma en modo alguno afecta la existencia jurídica del ser humano, ésta depende de dos hechos jurídicos trascendentales: el nacimiento con vida y la muerte. El inicio de la personalidad humana no depende del Registro Civil, de la misma forma que no se pierde la personalidad porque se proceda en forma errada al levantamiento de una partida de defunción[344].

La subjetividad jurídica del ser humano, obviamente **NO** está sujeta a la inscripción registral, no obstante, la importancia jurídica probatoria que en efecto tienen las actas del Estado Civil. La persona humana a diferencia de la persona incorporal o jurídica en sentido estricto no precisa del requisito registral para su existencia legal.

3. SITUACIÓN EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE VENEZUELA

3.1 *LAS TEORÍAS ADOPTADAS EN LOS DIVERSOS TEXTOS SUSTANTIVOS*

Hemos considerado conveniente hacer una breve relación histórica de las distintas teorías sobre el inicio de la personalidad jurídica del ser humano adoptadas por los diversos Códigos Civiles de Venezuela[345].

[343] Véase los párrafos finales de la Exposición, particularmente el anterior al penúltimo, a saber, el tercero comenzando por el final: *"El artículo 681 cuyo contenido pudiera lucir drástico, tiene por finalidad proveer de identidad a más de cuatrocientos mil niños venezolanos que en estos momentos formalmente* ***no existen****. Por carecer de identidad no tienen acceso al disfrute de derechos tan fundamentales como la educación y la salud. En tal sentido, sería contradictorio, inconcebible, consagrar para los niños adolescentes derechos y garantías que no luego no podrán hacer valer porque* ***no pueden demostrar que son personas****, a la luz de la legislación".* (Destacado nuestro). Está de más aclarar que es obvio que se existe como persona por el solo hecho de nacer y respirar, porque el nacimiento con vida determina la existencia legal o la personalidad. La inscripción en el Registro del Estado Civil en modo alguno afecta dicha situación sustancial y el ejercicio de los derechos.

[344] Esto igualmente lo indicamos aun cuando parezca obvio pues todavía hoy en día se suelen escuchar a algunas personas y curiosamente entre estas abogados, decir que Raiza Ruiz está muerta. Véase: Zerpa, Levis Ignacio: *Derecho Civil I.* (Guía materiales para su estudio por libre escolaridad). Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, 1987, pp. 61-63: El autor refiere un artículo de Cesar Naranjo Osti publicado en el diario "El Nacional" el 15-10-81, p. a-4, titulado "*La doctora Raiza Ruiz no está muerta legalmente*". Se señala, sarcásticamente que si esto fuese así, las primeras autoridades civiles podrían acordar levantarle a toda la población venezolana las correspondientes partidas de defunción; y entonces, seríamos una población de muertos sin derecho a nada. Es principio elemental de derecho que los razonamientos que conduzcan a conclusiones ilógicas deben ser rechazados.

[345] Véase *supra* N° II. 2.2.

Como indicamos nuestro primer *Código Civil de 1862* inspirado en el Código Civil Chileno de Andrés Bello elaborado en 1855 y vigente a partir de 1857, acogió la teoría de la *vitalidad*; nuestro segundo *Código Civil de 1867* inspirado en el proyecto español de Florencio García Goyena de 1851 adoptó la *figura humana y el exceder las 24 horas de vida*. El Código Civil de 1873 inspirado en el Código Italiano de 1865 consagró la teoría de la *viabilidad* y ello se proyectó en los siguientes *Códigos Civiles de 1880, 1896 y 1904*, es decir, además de nacer vivo se precisaba tener aptitudes para seguir viviendo. En el *Código Civil de 1916* a propuesta de Emilio Constantino Guerrero nuestra legislación adoptó nuevamente la teoría de la *vitalidad*, la cual se mantiene en los códigos posteriores de *1922, 1942 y 1982*. Veamos en concreto las normas de cada Código Civil:

* **Código Civil 1862**, *Libro Primero, Título II, Lei I, art. 1*: "*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputa no haber existido jamás*". Art. 2.- "La ley protege la vida del que está por nacer...". (VITALIDAD). Inspirado en los artículos 74 y 75 del Código Civil Chileno de Andrés Bello[346].

* **Código Civil 1867**, *art. 122*: "*Para los efectos legales, sólo se reputará nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana, y vive veinticuatro horas naturales*"[347]. (FIGURA HUMANA *y superar las 24 horas*). Inspirado en el artículo 107 del Proyecto español de Florencio García Goyena aunque éste según indicamos aludía a cuarenta y ocho (48) horas naturales.

* **Código Civil, 1873** *art.* **14, 1.880** *art.* **14, 1.896** *art.* **14, 1.904** *art.* **14:** "*El feto se tendrá como nacido, cuando se trate de su bien, pero si no hubiere nacido viable, se reputará como si no hubiese existido*". (VIABILIDAD). Inspirado en el artículo 724 del Código Ci-

[346] Recordemos que el Código Civil francés de 1804 en su artículo 725 consagró la teoría de la viabilidad, sin embargo, a pesar de haber sido una de las fuentes de inspiración para nuestro legislador de 1862, el punto indicado se inspiró en el Código Chileno.
[347] Dicha norma no aparece indicada en la citada obra "Código Civil de Venezuela", pero personalmente lo ubicamos en las normas relativas a la filiación.

vil italiano de 1865 que a su vez se inspiró en el artículo 725 del Código Civil francés de 1804[348].

* **Código Civil 1.916** *art.* **16, 1922** *art.* **16,1942** *art.* **17 y 1982** *art.* **17**: "*El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien, y para que sea reputado como persona basta que haya nacido vivo*". (VITALIDAD).

Vemos pues que nuestros Códigos Civiles a lo largo de la historia jurídica se han paseado por todas las teorías relativas al nacimiento en sus diversas modalidades. Es curioso que comenzáramos por la que es nuestra teoría vigente, a saber, la vitalidad, para luego retroceder radicalmente por inspiración del Proyecto español a adoptar la teoría de la figura humana y superar las 24 horas de vida[349], y posteriormente consagrar la teoría de la viabilidad por inspiración del Código Italiano. Finalmente, en el Código de 1916 volvimos al comienzo y asumimos la teoría que a nuestro juicio es la más consecuente con la dignidad de la persona humana: la vitalidad. Se aprecia así en la evolución de las teorías sobre el comienzo de la existencia legal en el Código Civil venezolano un círculo que nos lleva inevitablemente al comienzo. Somos del criterio según indicamos[350] que dado el carácter progresivo e irreversible de los derechos humanos, en el estado actual de la evolución jurídica no es posible retroceder a teorías como la figura humana o la viabilidad por ser contrarias a la dignidad de la persona natural y al principio de que todo ser humano es persona.

Apreciemos de inmediato cuáles fueron las consideraciones que se realizaron en el seno del debate parlamentario para llegar a la vigente teoría de la vitalidad.

3.2 *DISCUSIÓN PARLAMENTARIA A FIN DE ADOPTAR LA TEORÍA VIGENTE*

A los fines de adoptar la teoría vigente de la vitalidad y dejar atrás la teoría de la viabilidad, que precisaba además de nacer vivo, ser viable, es decir tener aptitudes para seguir viviendo, tuvo lugar una interesante discusión en el seno del Parlamento. Veremos entonces cuál fue la dis-

348 Véase *supra* N° II.2.2.2.
349 Que según indicamos bien pudiera considerarse ecléctica. Véase *supra* N° II. 2.3.
350 Véase *supra* N° II. 2.2.2 y II.2.2.3.

cusión parlamentaria a fin de adoptar la vigente teoría de la vitalidad. La misma es tomada del texto respectivo del acta de la Comisión Revisora (Codificadora preparatoria del Código de 1916) de **27-9-1912**[351].

En cuanto a la fuente probable "el artículo parecer surgir de un texto autóctono propuesto por el doctor Emilio Constantino Guerrero en la Comisión Redactora del Código Civil 1916, ya que el Código francés como en otros códigos inspirados en éste no existe una regla general como ésta sino normas especiales a propósito de las sucesiones, donaciones y legados"[352].

Al efecto se indicó que la personalidad del feto comienza con el nacimiento, ese es el principio general tanto en el derecho antiguo como en el moderno. El individuo de la especie humana separado ya del vientre materno, natural o artificialmente, vive, ha de considerarse como persona[353]. A esto se le refutaba que considerar que por el solo hecho de vivir sin nacer viable el feto tuviese personalidad no se trataría del bien de éste sino también del favor de las personas que adquieren de él por sucesión[354]. Se indicó que se caería en el absurdo de que un feto que muere por incapacidad para vivir, adquiere derechos ya no para su bien, sino para transmitirlos a sus herederos[355]. Adicionalmente se señaló en contra de la vitalidad, que se pretende en base a lo anterior tocar el sentimentalismo de la madre[356].

El Diputado Camacho en la misma orientación señaló que el fundamento de la variante entre la vitalidad y la viabilidad se halla en la dificultad de la prueba de ésta última. En algunos casos esa prueba es

---

[351] Véase *CODIGO CIVIL DE VENEZUELA*, arts. 1 al 18, *Ob. Cit.,* pp. 559-577.

[352] *Ibid*., p. 558. Véase interesantes consideraciones sobre la vitalidad en: Constantino Guerrero, *Ob. Cit.,* pp. 85 y 85.

[353] *CODIGO CIVIL DE VENEZUELA*, arts. 1 al 18, ob. cit, p. 576.

[354] *Ibid*., p. 561.

[355] *Ibid*., p. 565. A tal afirmación nosotros pudiéramos criticarle que ese no es suficiente argumento, la transmisión de derechos por vía de la sucesión en razón del parentesco es la secuencia normal de las relaciones sucesorales inspiradas en el afecto natural, la misma consideración sería aplicable respecto del viable o del propio adulto.

[356] *Ibid*., p. 573. Se agrega: "me queda el doctor Gabaldon... su argumento es inmoral, es fuera de razón porque al adquirir derechos por el solo hecho de haber nacido estamos favoreciendo precisamente a los causantes de la falta de viabilidad del feto, por la enfermedad transmitida" (*ibid*., p. 574).

sencilla como un niño nacido antes de tiempo[357]. Pero si es por pruebas las de la vitalidad también pueden engañarnos, un movimiento más que signo de vida puede ser signo de muerte o agonía, así una de las pruebas que más segura parece puede también engañarnos, me refiero a la prueba de los pulmones[358]. Al practicar la docimasia si el pulmón del niño no sobrenada en el agua, no por ésto se puede concluir de una manera categórica que no ha respirado. Existen estados patológicos que pueden conducir a error como la hepatización pulmonar, la atelectasia de los recién nacidos y también hay otras causas como la putrefacción del órgano y la maceración en alcohol que hacen que el pulmón del niño sobrenade a pesar de no haberse verificado la respiración[359]. Obsérvese que ya para el año 1916, esto es hace casi un siglo, ya tenía lugar la prueba científica de la *docimasia* a los fines de precisar científicamente la existencia de vida.

Contrariamente, quienes estaban a favor del cambio acotaron que "...con la propuesta se da un paso hacia el progreso porque se defienden los intereses de la madre... que ha pasado por todo los sufrimientos y dificultades de la preñez. A esa mujer debemos favorecerla en nombre de la humanidad". Planchart indicó que le daría su voto al artículo porque en su humilde opinión constituye un gran progreso y evita litigios innecesarios que puede originar el sistema de la viabilidad, que ha dado lugar a dificultades graves con perjuicios deplorables. La vitalidad es más acorde con la razón natural de las cosas porque viene a proteger los sagrados intereses del nacido vivo y de su madre. Alejandro Pietri apoyó al doctor Guerrero, e indicó que la viabilidad era contraria al derecho romano y al antiguo derecho francés, citando en su favor la autoridad de Domat quien dice que los hijos nacidos en el plazo eran capaces de heredar aunque no fuesen capaces de vivir[360].

---

[357] *Ibid*., p. 563.

[358] *Ibid*., p. 564.

[359] *Ibid*., p. 568. Gabaldon refiere que el espíritu de la ley es beneficiar los derechos hereditarios de la madre; un feto puede morir por una diátesis sifilítica u otra que le ha transmitido el padre y que no tuvo fuerzas para tolerar. Debemos aprobar el artículo (*ibid*., 570). Recordemos que las causas de error de las docimasias pueden descartarse a su vez con otras categorías o especies de docimasias. Véase *supra* II.2.2.1.

[360] *Ibid*., p. 569. Camacho insistía en que la prueba de la vitalidad también era muy aventurada, por eso la solución de que sea vivo y viable concilia los dos intereses. Ron Pedrique se pronunció a favor de la vitalidad, indicó apoyar la posición de Planchart y negar la de Camacho.

Finalmente vale la penar citar las palabras de Crespo Vivas que convencieron al auditorio en la adopción de la teoría de la vitalidad:... Si a algún artículo del proyecto le voy a dar el voto con mucho gusto es precisamente éste... el individuo de la especie humana, separado del vientre materno natural o artificialmente, que vive, ha de considerarse como persona, y por tanto capaz de derechos y obligaciones. Que pueda continuar viviendo o no es punto que nada tiene que ver con la personalidad...[361]. "*Nace un niño vivo pero no viable, es decir, nace para morir pocos instantes después y a veces seis meses después como ha apuntado el doctor Ochoa, porque puede nacer sin condiciones de viabilidad, pero vivir seis meses. La madre que ha perdido su marido ha quedado embarazada y abriga la hermosa esperanza del hijo que lleva en su seno. El niño ha nacido vivo solamente, por tanto, nunca ha sido persona jurídica capaz de derechos y obligaciones, según nuestro derecho actual y por consiguiente no ha heredado. La herencia pues, que le hubiera correspondido y que habría pasado a su madre pertenece a otros herederos. ¿Será justo señores, que esa madre que ha tenido el profundo dolor de perder a su hijo, se le inflija además el castigo, por nuestras leyes, de arrebatarle una herencia que ha debido corresponderle?* (Aplausos)[362].

Observamos entonces que a partir de 1916 se adoptó en nuestro país el sistema de la vitalidad, más justo y acorde con el principio de la dignidad humana, pues la calidad de persona se tiene por el sólo hecho de la respiración que es sinónimo de vida. Tratar de desconocer ese hecho alegando que los beneficiados de la vitalidad serían los herederos carece de justificación pues ese es el orden natural de las relaciones sucesorales inspiradas en el afecto filiatorio[363].

Como vemos, en la discusión parlamentaria se consideraron varios aspectos que a lo largo del presente estudio ya hemos referido: la teoría de la viabilidad es arcaica, de difícil precisión médica e inconsecuente con la dignidad del ser humano. El ser humano nacido vivo, es persona o sujeto de derecho, una vez que respira aunque sea un instante siquie-

[361] *Ibid*., p. 576.
[362] *Ibid*., p. 577.
[363] Si seguimos un razonamiento de ese tipo no tendríamos por qué pensar solamente en el recién nacido.

ra[364]. En el derecho venezolano vigente el ser humano se convierte en persona por su sola presencia en vida en el mundo jurídico; el simple hecho de respirar sin otro requisito adicional nos hace sujetos de derecho. Cualquier otra pretensión en el estado actual del derecho constituye un atentado contra la naturaleza humana y reiteramos que a nuestro entender la adopción de la teoría vigente presenta carácter irreversible, en razón de que las anteriores –según explicamos– son contrarias a la dignidad del ser humano[365].

4. EL *NASCITURUS*

El **nasciturus** es el que se encuentra por nacer, tanto el que ya está concebido (**conceptus**) como el que habrá de ser concebido (*concepturus*)[366]. Generalmente la expresión "*nasciturus*" o "*por nacer*" se asocia al ser que ya está concebido[367], sin embargo desde una perspectiva más amplia la expresión "*nasciturus*" abarca igualmente al ser que será concebido en un futuro.

En efecto, si la doctrina ha denominado *nasciturus* al ser que está por nacer, ciertamente desde un punto de vista amplio dentro de este concepto ha de incluirse tanto al ser que ya está concebido (*conceptus*) como aquel que en un futuro será o podría ser concebido (*concepturus*). La doctrina civil ha distinguido así entre *conceptus* y *concepturus*, para referirse al *concebido* y *al por concebir,* respectivamente[368]. En el lenguaje común, cuando hablamos del ser "que está por nacer", nos imagi-

---

[364] Véase *supra* N° II.2.2.2.
[365] Véase *supra* N° II.2.2.2 y II.2.2.3.
[366] Véase en este sentido: Catalano, Pierangelo: *Observaciones sobre la "Persona" del concebido a la luz del derecho romano. (De Juliano a Teixeira De Freitas).* En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 144 y 151. (Traducción de Lucas Reyes Gonzalez y Fabio Espitia Garzón); Fernández Sessarego, *Ob. Cit.,* p. 53.
[367] Véase en este sentido, refiriéndose fundamentalmente al concebido como sinónimo de *nasciturus* (no obstante que el autor admite según indicamos que el término incluye tanto al conceptus como al concepturus): Fernández Sessarego, *Ob. Cit.,* p. 189. El autor se refiere a diferencia del resto de los textos a "*nascituro*". Véase también: Veloso de Franca, Genival: *Intervenciones fetales. Aspectos médico-legales*. http://www.sideme.org/doctrina/articulos/art030602-br.htm, indica que "Por nascituro, por tanto, se entiende aquel que fue concebido y todavía no ha nacido. Es el ser humano que está por nacer, ya concebido en el vientre materno"
[368] Véase: Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.,* pp. 53-59.

namos un nacimiento próximo y ciertamente un nacimiento cercano[369], sin embargo, la expresión *por nacer*, desde una perspectiva más extensa, efectivamente incluye a quienes están por nacer inmediatamente y también a quienes nacerán en un futuro lejano.

Sin embargo, Fernández Sessarego comenta la diferencia sustancial entre ambas nociones: "Dentro del concepto de *nasciturus* se admite tanto el que se denomina conceptus o concebido como al *concepturus,* al que habrá de ser concebido. La doctrina dominante, desacertadamente a nuestro parecer, pretende equipararlos cuando presenta a ambos como "esperanza" de vida. En verdad, en el caso del *conceptus*, estamos instalados frente a un ser humano en el primer estadio de su vida, mientras que en el caso del *concepturus* se trata de un ser inexistente y sólo posible si es que se produce la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. La diferencia ontológica entre ambos es radical"[370].

La protección al *nasciturus* data del derecho romano[371] y se extendió posteriormente a las codificaciones iberoamericanas[372]. Nuestro ordenamiento jurídico toma en consideración a ambos seres, es decir, al concebido y al que ha de ser concebido. Ciertamente, la protección al que ya se encuentra concebido es mayor y más amplia, mas sin embargo, no olvida nuestro ordenamiento venezolano considerar al que es sólo una mera expectativa para el derecho, a saber, al *concepturus*.

Queremos aclarar que no consideramos acertada la expresión "persona por nacer o persona por concebir"[373], porque sólo el nacimiento con vida da el carácter de persona en el derecho venezolano, y en consecuencia resulta impropio y contradictorio el término. Para ser persona

---

[369] Véase: Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* pp. 91y 92, quien alude a "*situación del concebido o por nacer*" y "*situación del no concebido o por concebir*". Se deduce que el autor asocia la expresión "por nacer" al concebido.

[370] Férnández Sessarego, *Ob. Cit.,* p. 197.

[371] Véase: Castán Vázquez, José María*: La recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justinianea sobre el comienzo de la existencia humana*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 168-171. Véase también: Alvarado Chacón, Joaquín Rafael: *La persona en el derecho romano y su influencia en el sistema jurídico de la América Latina. Segunda Parte: El nasciturus*. En: Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo N° 26. Valencia, Universidad de Cararabobo, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Comparado, 2003, pp. 21-55. También en: servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-1.pdf

[372] Castán Vázquez, *Ob. Cit.,* pp. 178-183.

[373] Expresión que utiliza en el ámbito nacional Aguilar Gorrondona (*Ob. Cit.,* pp. 53 y 58).

es condición necesaria en nuestro derecho nacer vivo, de conformidad con el artículo 17 del Código Civil y el *nasciturus* por definición carece de tal requisito, de tal suerte que éste, ya sea concebido o por concebir, NO es persona[374].

Si bien, nuestro Código Civil adopta el sistema de la vitalidad también toma en cuenta al *nasciturus*, es decir, al que está por nacer. En efecto, se aprecian en el Texto Sustantivo, normas dirigidas tanto al *conceptus* o concebido como al *concepturus* o ser que habrá de ser concebido. La Constitución también alude al nasciturus. Veamos a continuación la situación de cada uno de éstos.

4.1 EL *CONCEPTUS*

4.1.1 *Noción*

Jurídicamente el concebido o *conceptus* es el ser respecto del cual ha tenido lugar la concepción y que todavía no ha nacido. El *conceptus* está en espera del nacimiento vivo; abarca así, desde la fase de fecundación hasta la expulsión del ser del claustro materno. De tal suerte, que el concepto jurídico de concebido o feto no coincide necesariamente con el concepto médico[375].

A la *concepción* ya nos referimos cuando reseñamos las distintas teorías en torno al inicio de la personalidad. Según vimos la concepción se presenta como la fusión de la célula sexual femenina con la masculina y

[374] Véase: Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* p. 18, el no nacido no alcanza el rango de persona.

[375] Véase también: Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.,* p. 55, Domínici, *Ob. Cit.,* p. 56, indica que "La ley llama feto al hijo desde el instante mismo de la concepción hasta que sale del claustro materno. En la medicina legal se distingue el embrión del feto, aquel es el producto dicho desde que existe en estado de germen rudimentario hasta el tercer mes en que ordinariamente comienzan a determinarse sus caracteres constitutivos, y éste el producto mencionado desde que alcanza ese estado hasta el parto. Pero, el Código Civil comprende varios estados con el nombre general de feto". Desde el punto de vista médico se distingue entre preembrión (desde el día 0 al día 14), embrión (hasta fines del tercer mes) y feto (desde fines del tercer mes hasta el parto). Véase: opinión de doctor José Gregorio Calderón Villegas, MSDS 51.304 (consulta realizada el 16-11-05), el concepto médico de feto se inicia al desarrollarse el sistema cardiovascular lo que ocurre aproximadamente a los 14-16 semanas de embarazo hasta el nacimiento; Véase igualmente, opinión de la Dra. Mabel Zambrano, MSDS N° 89.129 (consulta realizada el 3-1-205), que indica que la condición de feto a nivel médico se tiene a partir aproximadamente del tercer (3) mes.

con ésta se inicia el principio de la existencia natural del ser humano, a diferencia de la existencia legal que se inicia con el nacimiento vivo[376].

La concepción corresponde al momento de la fecundación del óvulo, que determina el comienzo de la vida humana. Es el proceso fisiológico mediante el cual se inicia la formación del nuevo ser[377]. Está científicamente comprobado que desde que el espermatozoide fecunda al óvulo, nace un individuo único, irrepetible, diferente de cualquier otro individuo; en ese embrión está todo el hombre[378]. Con la fertilización del óvulo por el espermatozoide se inicia esa maravillosa aventura que es la vida humana[379]. Por tanto, existe individualidad humana en el mismo momento de la concepción[380]. Ha sido demostrado por la ciencia y se ha aceptado como una verdad científica que una vez fecundado el óvulo estamos en presencia de un ser humano, con vida actual y no potencial, que se caracteriza precisamente por su individualidad, dado que está probado que cuando se unen 23 cromosomas de espermatozoide con los

[376] Véase *supra* N° II. 2.1. Véase respecto al derecho chileno: Zapata Larraín, Patricio: *Persona y Embrión Humano. Nuevos Problemas Legales y su solución en el Derecho Chileno*. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 15, N° 2-3, Mayo-diciembre 1988, p. 381.

[377] Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* p. 16. Véase en el mismo sentido: Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 59.

[378] Borda, *Principio*..., p. 1. Véase igualmente: Hoyos Castañeda, *Ob. Cit.,* pp. 98 y 99: "Si la ciencia considera al embrión, desde el primer momento de su existencia, es un ser vivo, un individuo de la especie humana, distinto y dinámicamente autónomo respecto de sus padres, queda plenamente justificado afirmar que es un ser humano. Ese embrión es un ser único; de él es predicable, como atributo esencial de su ser, la unidad". Véase también señalando que la vida humana comienza con la concepción: Peñaranda Quintero, Héctor Ramón: *Altas tecnologías el Derecho de Personas. La manipulación genética en seres humanos: del autocontrol deontológico a la búsqueda de un orden internacional. (El feto y el derecho a la vida*). En: http://www.monografias.com/trabajos20/alta-tecnologia-genetica/alta-tecnologia-genetica.shtml ; Fernández Espinosa de los Monteros, Oscar: *La vida humana ¿A partir de cuándo somos seres humanos?*. En: http://www.encuentra.com/documento.php?f_doc=2695&f_tipo_doc=9, (abogado investigador mexicano).

[379] Perrino, Jorge y Miguel González Andia: *Status jurídico y protección legal de tejidos embrionarios pre-implantados*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, p. 400. Véase en el mismo sentido: Parra Tapia, Ivonne: *Consideraciones biojurídicas sobre la vida en el embrión humano*. En: Dikaiosyne N° 16. Revista de Filosofía Práctica. Universidad de los Andes, Mérida, Junio 2006, p. 40, www.saber.ula.ve/.../dikaiosyne/vol9num16/articulo3.pdf&term_termino_3=&Nombrebd=saber

[380] Fernández de Buján, *Ob. Cit.,* p. 135. Véase también: Martínez Acosta, Carlos Dario y Andrés Uprimny Yepes: *El feto humano*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas,1984, p. 53, la vida humana principia con la concepción.

23 del óvulo, surge lo que se denomina "cigoto" es decir, un ser único original, con un nuevo código genético totalmente propio e irrepetible que mueve a partir de aquí hacia su destino[381].

Siendo así los diversos ordenamientos jurídicos, no pueden sino reconocer y respetar el valor de la existencia humana al margen de la concesión de la personalidad[382]. Representa un hecho indiscutible en el ámbito científico que a partir del instante de la concepción, en que se fusionan las células sexuales comienza la vida humana[383]. Por esta razón la legislación protege al concebido no obstante que no sea persona, es decir, que no tenga personalidad jurídica. La protección viene dada en función del reconocimiento a la condición de vida humana, a saber, de su existencia natural, que se inicia con la concepción, a diferencia de la existencia legal que principia con la personalidad[384].

4.1.2 *Protección*

Cuando nos referimos a la teoría de la concepción señalamos que es indudable que el orden legal protege al concebido[385] en razón de su existencia natural aunque ello no significaba la atribución de personalidad jurídica[386]. Refiere Aguilar Gorrondona que la legislación internacional en términos generales tiende a proteger al concebido apreciándose que la situación a nivel extranjero varía según el ordenamiento de que

---

[381] Ordoqui, Gustavo: *Estatuto de los derechos de la personalidad: Los derechos del concebido no nacido*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, p. 255.

[382] En España se cita una famosa sentencia del 11 de abril de 1985 del Tribunal Constitucional que no obstante la protección que se le brinda al concebido en función de su condición, se indica que sólo la persona es titular del derecho a la vida y el concebido no es persona (Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* pp. 24 y 25). Véase *supra* N° I.2.2.

[383] Todos los médicos que consultamos están contestes en ese sentido; Juan Acosta, Rafael Aguiar-Guevara, José Calderón, Julio Torrealba, Nairobi Molina, Mabel Zambrano, María Concepción Brito Vera y Bertha Victoria García.

[384] Véase Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 492 y 493.

[385] Véase: Brunetta D´Usseaux, Francesca: *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*. Milano, Giuffre´ Editore, 2001. Véase también: Pérez Vargas, Víctor: *Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona.* En: Revista de Ciencias Jurídicas N° 93. San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2000, pp. 9-56.

[386] Véase *supra* N° II.2.1.

se trate[387]. Nuestra legislación concede protección al concebido desde el punto de vista civil[388], penal al sancionar el aborto[389] y las lesiones que lo provoquen[390], laboral al proteger a la madre embarazada[391], constitucional[392] y a través de los instrumentos internacionales[393].

La Constitución, como es natural, protege al concebido[394] y la referencia al mismo se encuentra en su artículo 76[395], en tanto que la Carta

---

[387] Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.,* pp. 54 y 55, en el *derecho romano* se le otorgó cierta protección al *conceptus*, a través de la suspensión de la ejecución de la mujer encinta, el nombramiento de un curador en caso de aborto... Posteriormente en el derecho común europeo se consagró la regla relativa a que el concebido se tiene por nacido cuando se trate de su bien. En el estado actual de las cosas podemos distinguir a grandes rasgos tres posiciones: – los sistemas donde no se le brinda protección al concebido (sistema angloamericano) – los sistemas donde existen algunas normas protectoras del feto para determinados efectos (pero la interpretación extensiva y la analogía hacen que la protección sea general) – los sistemas donde se consagra la protección al feto en forma general (como el venezolano). La diferencia entre estos dos últimos es de técnica legislativa, –señala Aguilar–, pues conducen al mismo resultado.

[388] Véase artículo 17 del Código Civil; Véase también artículo 120, ord. 2° del Código Civil, según el cual si la mujer que no tiene la edad mínima para contraer matrimonio *ha concebido*, no podrá impugnarse por nulidad el matrimonio correspondiente. El art. 1 de la LOPNA se refiere a la protección del niño desde la concepción.

[389] Véase artículos 430 al 434 del Código Penal.

[390] Véase artículo 414 del Código Penal, al aludir al delito de "lesiones personales" indica que *si habiéndose cometido el delito contra una mujer en cinta le hubiere ocasionado el aborto*, será castigado con presidio de tres a seis años. El artículo 415 *eiusdem* prevé que si el delito se ha cometido contra una mujer en cinta, causa un parto prematuro, la pena será de prisión de uno a cuatro años.

[391] Véase artículos 379 al 395 de la Ley Orgánica del Trabajo.

[392] Véase artículo 76 de la Constitución.

[393] El Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 4, parr. 1 señala que se protege la vida a partir de la concepción; el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño alude a la protección del niño "*tanto antes como después del nacimiento*". Véase: Parra Benítez, *Ob. Cit.,* 2002, p. 106, cita sentencia T-197 de 7, v 1993 de la Corte Constitucional de Colombia, publicada en Jurisprudencia y Doctrina, num. 259, t. XXII, julio de 1993, pp. 714 y ss, que indica que los derechos del *nasciturus* se encuentran reconocidos en normas internacionales sobre derechos humanos.

[394] Véase: Fernández de Buján, *Ob. Cit.,* p. 118: indica el autor que es casi unánime la postura que incluye al concebido dentro de la posición constitucional. Agrega el autor: Discrepan entre sí al considerar uno que el concebido debería ser, por sí mismo, titular del derecho a la vida, a pesar de no reconocérsele la personalidad y entender otros, que el derecho a la vida del concebido si bien es un valor constitucional digno de protección, no puede equipanársele al derecho que tiene un ser nacido al que se le reconozca como persona.

[395] Que prevé: *"...La maternidad y la paternidad son protegidas íntegramente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y* ***protección integral a la maternidad en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio****, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos. El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquél o aquella no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria*". (Destacado nuestro).

Magna de 1961 lo consideraba en su artículo 74[396]. Sin embargo hemos manifestado que el cambio de redacción de la norma constitucional que aparentemente es menos protectora[397], en modo alguno significa un retroceso en cuanto a la protección del concebido[398] en razón del carácter progresivo[399] e irreversible de los derechos humanos extensibles al conceptus y el valor que la propia Carta Magna le concede a los instrumentos internacionales en su artículo 23[400]. En el seno de la Asamblea

---

[396] Que disponía: "*La maternidad será protegida, sea cual fuere el estado civil de la madre. Se dictarán las medidas necesarias* ***para asegurar a todo niño****, sin discriminación alguna, protección integral,* ***desde su concepción*** *hasta su completo desarrollo, para que éste se realice en condiciones materiales y morales favorables*". (Destacado nuestro).

[397] Por cuanto la norma anterior se refería a niño desde su concepción y la actual alude a la protección a la maternidad. Sin embargo, es obvio que la protección a la maternidad se hace en función del cuidado del concebido. Véase en este sentido: Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso administrativo de la región centro occidental, sent. 16-12-03, en: http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2003/diciembre/648-16-KP02-0-2003-000189-7933.html "Para decidir este Tribunal observa que la protección constitucional, de conformidad con el artículo 76 Constitucional no se otorga a la madre, sino a la maternidad. Esta distinción, aparentemente sutil es de gran importancia si se considera que el Código Civil Venezolano pauta en el artículo 17 que el nasciturus, es decir el por nacer, se reputará persona cuando se trate de su bien y para ello, basta que haya nacido vivo y; en consecuencia, cuando se protege la maternidad se está protegiendo al nasciturus conforme pauta el artículo 17, arriba citado, por cuanto el feto en tanto concebido, debe tenerse como persona para todo cuanto le favorezca". En el mismo sentido: Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, Sent. 3-11-03, en: http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2003/noviembre/648-3-KPO2-0-2003-251-8044-8044.html ; Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Region Centro Occidental, Sent. 11-3-05, Exp. KP02-O-2005-000008, en: http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/marzo/648-11-KP02-O-2005-000008-KP02-O-2005-000008.html

[398] Véase: Ribeiro Sousa, Dilia María: *Situación Jurídica del concebido ante los avances de la ciencia (Especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961)*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 118, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, p. 290. Véase en el mismo sentido: Domínguez Guillén, *Ensayos*..., pp. 475-477; Domínguez Guillén, María Candelaria: *Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad*", en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 119, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 25 y 26. Para otros el ligero cambio de redacción supone un retroceso en perjuicio del concebido. Véase al efecto: Brewer-Carías, Allan: *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Constituyente)*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, T. III, pp. 165 y 166, 263 y 264; Brewer-Carías, Allan R.: *La Constitución de 1999*. Caracas, edit. Arte, 2ª edic., 2000, p. 179.

[399] Véase: Nikken, *Ob. Cit.,* p. 340. Véase comentario relativo al carácter irreversible y progresivo de los derechos humanos en *supra* N° II.2.2.2, al referimos a la imposibilidad de retroceder a la teoría de la viabilidad.

[400] Se discute si la protección al concebido podría incluirse dentro de la norma constitucional protectora del derecho a la "vida" o a vivir, pero preferimos considerar una protección autónoma respecto del *conceptus* en la respectiva norma de la Carta Magna. Véase *supra* N° II.2.2.

Constituyente se presentó confusión al pretender entremezclar el derecho a la vida de la persona con la protección al concebido[401].

Ahora bien, esa protección que concede la Carta Fundamental al concebido, es ajena a la problemática del aborto[402], pues el Estado por cuestiones de política legislativa podría ampliar los supuestos que le quitan al aborto el carácter de delito[403] como en efecto lo considera el Proyecto de Código Penal[404]. Actualmente nuestra legislación sólo admite el

[401] Véase: Arismendi A., Alfredo: *Derecho Constitucional. Guía y materiales para su estudio*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, 2ª edic., 2002, T.II, p. 549, señala que en su redacción inicial en el artículo 43 que consagra el derecho a la vida pretendía incluir en la norma la protección a la vida "desde el momento mismo de la concepción". Sin embargo, agrega que los asambleístas advirtieron que el agregado era anticientífico y respondía a intereses particulares. Los Constituyentes resistieron así las presiones de la sociedad civil y la Iglesia Católica en torno al tema del aborto. Véase también: Domínguez Guillén, *Ensayos*..., p. 478, se observó en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente una evidente confusión entre la protección a la vida del concebido y la de la persona. Véase sobre tal diferencia nuestros comentarios en *supra* N° I.2.2.

[402] Sobre el tema del aborto véase: Mazzinghi, Jorge Adolfo: *La interrupción del embarazo: el aborto*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, pp. 63-79; Arteága Sánchez, Alberto: *Nuevas tendencias en el tratamiento jurídico del aborto.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia, Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráficas León SRL, 1996, Tomo II, pp. 527-533; De Vollmer, Christine: *Aspectos legales del aborto y su penalización en América Latina.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia, Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráficas León SRL, 1996, Tomo II, pp. 603-611; Valdés, Margarita: *El problema del aborto: tres enfoques*. En: Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas. Rodolfo Vázquez (compilador). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 129-150; Sgambatti, Sonia: *El aborto. Aspectos historiográficos, legales, éticos y científicos*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, 3ª edic., 1999; Tamayo Rodríguez, José Luis: *El aborto. Su problemática. Razones jurídicas y factores que imponen su despenalización*. Serie Trabajos Jurídicos. Caracas, edit. Tamhy, 2005; Irureta goyena, José: *Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y de otras personas incapaces*. Montevideo, Casa A. Berreiro y Ramos S.A., 1932, pp. 5-94; Wills, Susan E.: *Aborto por nacimiento parcial: un puente demasiado lejano*. En: www.victoriadiocese.org/.../Aborto%20por%20**nacimiento**%20parcial%20un%20puente%20demasiado%20lejano.PDF y www.flrl.org/PDFs_and_Docs/USCCB%20FILES/Wills%20Long%20Sp.doc

[403] Véase en este sentido: Faúndez Ledesma, Héctor: *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (El Derecho a un juicio justo).* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1992, p. 46: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que puede haber excepciones legítimas contempladas en la legislación interna de los Estados y que en los hechos permiten el aborto.

[404] Véase al efecto: *Proyecto Código Penal*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 189-191. Los artículos 240 al 245 del Proyecto de Código Penal dan cabida a distintos tipos de abortos, a saber, el artículo 240 permite el aborto ético (en caso de violación o inseminación artificial no autorizada); el artículo 241 permite el aborto eugenésico cuando se diagnostique médicamente que el hijo nacería con graves taras físicas o psíquicas; el artículo 242 permite el aborto por angustiosa necesidad social cuando la mujer se hallare en una situación de apremio por la pobreza y dificultades económicas consiguientes siempre que desde la concepción no hayan transcurrido doce semanas; el artículo 243 consagra el aborto libre cuando se practique a solicitud de la mujer siempre que la gestación no pase de tres meses. (también en: http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/anteproyecto2.html)

aborto terapéutico[405] y el Código de Deontología Médica[406] contiene normas en este sentido[407]. No nos corresponde en la presente tesis debatir un tópico tan polémico como el aborto aun cuando para algunos la protección al concebido en este ámbito pueda presentar una perspectiva constitucional[408].

Más aún, se ha admitido inclusive que excepcionalmente en caso de violación el aborto podría no constituir delito por cuanto debe dársele preeminencia a la salud e integridad de la madre[409]. En este sentido, se aprecia una decisión del Tribunal Constitucional Español que considera que el aborto en caso de violación de la mujer no constituye delito por cuanto obligar a la mujer a dar luz un hijo en tales circunstancias atenta contra su propia dignidad[410]. Refiere así el Tribunal Constitucional Español que el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica un ámbito

---

405 Véase artículo parte final del 433 del Código Penal: "*... no incurrirá en pena alguna el facultativo que provoque el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta*".

406 Aprobado en LXXVI Asamblea de la Federación Médica Venezolana del 29-3-85 (según disposición final, artículo 224).

407 Véase artículo 59: "*Al médico le es permitido indicar la interrupción del embarazo con un fin terapéutico, y en todo caso, siguiendo las normas establecidas por la ciencia y las disposiciones legales vigentes*". Véase también artículos 58, 60 y 61 *eiusdem*.

408 Así por ejemplo, una interesante referencia del aborto en la jurisprudencia constitucional comparada puede apreciarse en: Díaz Revorio, Francisco Javier: *Valores Superiores e interpretación constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 405-418. El autor se pasea por cómo se ha interpretado el aborto a la luz de los valores constitucionales en la jurisprudencia de Alemania, Estados Unidos, Italia, Francia y España. Véase también: Domingo, Rafael: *El Aborto y el Tribunal Constitucional Alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 274 y 275; Stith, Richard: *El feto en la jurisprudencia constitucional occidental.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 16, N° 2. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, junio-agosto 1989, pp. 367-372.

409 En efecto, obligar a una mujer a dar luz en tales circunstancias, implica poner por encima de su integridad psicofísica y de su dignidad, la protección al *conceptus*. De manera pues que la protección del concebido se presenta como un principio que no está exento de excepciones ante supuestos como el indicado en que prevalezcan valores superiores.

410 Véase: STC 53/1985, del 11 de abril, FJ 11, en Portero Molina, *Ob. Cit.,* p. 84, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección a la vida del *nasciturus* porque si la de éste se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido y se penalizaría a la mujer, de allí que la prevalencia a la salud de la madre no es inconstitucional máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud.

determinado de prohibiciones penales. De allí que el legislador puede renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos[411]. La protección al concebido supone dos obligaciones del Estado: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal de protección a la vida[412].

Como indicamos en otra oportunidad, la protección constitucional al concebido[413] se extiende inclusive a aquellos casos en que se han utili-

---

[411] Véase sentencia española, STC 53/1985, FJ 9°, de 11 de abril, citado en: Rubio Llorente, *Ob. Cit.,* pp. 143 y 144. Véase también: Portero Molina, *Ob. Cit.,* pp. 82 y 83.

[412] Véase sentencia española, STC 53/1985, FJ 7, de 11 de abril, citado en: Rubio Llorente, *Ob. Cit.,* p. 143. Véase también: Portero Molina, *Ob. Cit.,* p. 82.

[413] Véase sobre la protección del embrión: Leret de Matheus, María Gabriela: *La biología molecular y el régimen jurídico del embrión humano*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráficas León S.R.L., 1996, Tomo I, pp. 425-437; León C., Augusto y Francisco López Herrera: *Las nuevas formas de originar la vida a la luz de la ética y del Código Civil de Venezuela (Consideraciones preliminares)*. Caracas, Academia Nacional de Medicina y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Noviembre 1989; Arias de Ronchietto, *Ob. Cit.,* pp. 55-62; Carrasco de Paula, Ignacio: *El respeto debido al embrión humano. Perspectiva histórico-doctrinal*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 21-42; Melina, Livio: *Cuestiones epistemológicas relativas al estatuto del embrión humano*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 81-108; Serra, Angelo y Roberto Colombo: *Identidad y Estatuto del embrión humano*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 109-154; Lucas Lucas, Ramón: *El estatuto antropológico del embrión humano*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 155-181; Laffitte, Jean: *La condición del embrión a la luz de la antropología teológica*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 182-205; Cozzoli, Mario: *El embrión humano: aspectos ético-normativos*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 225-258; Eusebi, Luciano: *La tutela del embrión humano: perfiles jurídicos*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 259 y ss.; Ferrer, Francisco: *Procreación asistida. Panorama jurídico*. En: "La persona". Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 124. S/l, La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral, 1996, pp. 261-263. González de Cancino, Emilssen: *Los retos jurídicos de la genética*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho.1995, pp. 207-230; Alvarado, José Tomás: *El carácter individual del nasciturus. Análisis del período entre la concepción y la implantación del embrión*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 345-350; Romeo Casabona, Carlos María: *Del Gen al Derecho*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, 1996, pp. 353-386.

zados *técnicas científicas para generar la vida humana*[414], esto es a través de la fecundación artificial. Ello a propósito de los embriones sobrantes en materia de fecundación *in vitro*[415] previa intervención médica de la mujer[416], pues los no utilizados por los progenitores originan una población creciente de embriones cautivos[417].

---

[414] Véase: Ribeiro Sousa, *Ob. Cit.,* pp. 271-295; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 497-499; Fernández Bula, María Andrea: *Fecundación asistida y manipulación genética*. En: XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co9po8.html., señala Fernández Bula que la existencia de las personas comienza desde el momento de la concepción, ya sea dentro o fuera del seno materno.

[415] Dentro de las nuevas técnicas científicas para generar la vida humana, se distingue a falta de fecundación natural, la *inseminación artificial* y la *fertilización in vitro*. En la primera la fecundación del óvulo y del espermatozoide tiene lugar dentro del claustro materno con el auxilio de la ciencia médica; la fertilización in vitro se aplica una vez que falla la anterior y consiste en la fusión de las células sexuales masculina y femenina pero fuera del claustro materno, para que una vez que ha tenido lugar la concepción le sea implantado el embrión a la mujer. La gran problemática que plantea éste último procedimiento es que generalmente se fertilizan varios embriones con los óvulos que se le extraen a la mujer mediante una intervención quirúrgica y una vez implantado exitosamente un embrión, generalmente sobran los demás embriones. Debe apreciarse que tales embriones son *conceptus* a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, al margen de su condición extrauterina.

[416] Véase: Lacadena Calero: Juan Ramón: *¿Qué hacer con los embriones sobrantes? El II informe de la Comisión Nacional de Reproducción humana asistida de España*. En http://w3.cnice.mec.es/tematicas/genetica/2001_12/2001_12_01_3.htm , "La técnica de fecundación in vitro (FIV) a la que acuden parejas con problemas de fertilidad implica la obtención de varios ovocitos de la mujer (en ocasiones 6, 10 o más) que ha sido sometida a un tratamiento hormonal para provocar la superovulación. Al poner dichos ovocitos en presencia de los espermatozoides se produce la fecundación con un alto rendimiento (en torno al 80% o más). De los embriones formados, solamente tres o cuatro serán transferidos al útero de la mujer puesto que los datos estadísticos muestran que con tal transferencia lo más probable es que se obtenga la gestación de uno de tales embriones. La consecuencia de todo este proceso es que, atendiendo a razones de "eficacia médica", se producen más embriones de los necesarios: son los embriones "sobrantes" que se mantienen en congelación (crioconservación)".

[417] López Gómez, José Ramón: *Dilemas biéticos en obstreticia y ginecología.* En: Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela Vol. 66, N° 3, septiembre 2006, p. 190, http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322006000300009&lng=en&nrm=iso (también en: www.scielo.org.ve/pdf/og/v66n3/art09.pdf); Ello lo refiere el autor con ocasión de "Aspectos bioéticos de la fertilización asistida". Véase también: Nézer de Landaeta, Isis; *Desafíos éticos en el nuevo milenio.* En: Gaceta Médica de Caracas, Vol. 110, N° 1, Caracas, 2002, http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0367-47622002000100016&lng=pt&nrm=iso, "..el problema de los embriones sobrantes, los cuales si no son utilizados para ser implantados, son congelados y mantenidos en los laboratorios hasta cumplir el período legal que obliga a su destrucción. Se calcula en más de un millón el número de embriones congelados en el mundo, cuyo futuro es tan incierto que han sido comparados con enfermos terminales, ya que si no son destruidos, serán utilizados en experimentación..."; Kerdel Vegas, Francisco: *Las grandes paradojas de la medicina actual*. En: Gaceta Médica de Caracas, Vol. 113, N° 2, abril 2005, http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0367-47622005000200001&lng=es&nrm=iso, "miles de embriones que, provenientes de tratamientos de reproducción asistida, se conservan congelados en nitrógeno líquido"

La existencia natural principia con la concepción al margen de la ubicación espacial del embrión, según acertadamente indican los médicos consultados, por lo que el concebido extrauterinamente igualmente merece protección[418]; poco importa que la fusión de las células sexuales tenga lugar fuera del claustro materno. La destrucción del embrión o la criopreservación que conlleva a su pérdida suponen atentados contra la vida del concebido[419]. De allí que se sostenga que la asistencia científica de la concepción[420] debería garantizar el desarrollo de todos los óvulos fe-

[418] Véase opinión del doctor José Gregorio Calderón Villegas, MSDS 51.304 (consulta realizada el 16-11-05), piensa que no hay distinción entre el desarrollo natural y el inducido por mecanismos de inseminación artificial pues ambos viven la vida a través del desarrollo embrionario y por consiguiente requieren protección. En el mismo sentido se manifiestan los médicos al coincidir que el embrión concebido extracorpóreamente merece igualmente protección: Rafael Aguiar-Guevara (consulta realizada el 14-12-05), Julio Torrealba Sánchez, Pediatra, (MSDS 33.160, consulta 28-12-05); Nairobi Molina (MSDS 49.071 consulta realizada el 23-12-05); Mabel Zambrano (MSDS 89.129, consulta 3-12-05); María Concepción Brito Vera, Gineco-Obstetra (MSDS 45.627, consulta 18-4-06); Bertha Victoria García, Pediatra (MSDS 17.992, consulta 18-4-06).

[419] Mazzinghi, *Ob. Cit.,* p. 76.

[420] Véase sobre las nuevas técnicas para generar la vida en la doctrina nacional: López Herrera, Francisco: *Consideraciones sobre las nuevas formas de originar la vida humana a la luz del Código Civil de Venezuela.* En: Estudios sobre Derecho de Familia. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, p. 117-148; López Herrera, Francisco: *Consideraciones preliminares sobre las nuevas formas de generar vida humana a la luz del Código Civil de Venezuela*. En: XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia Barquisimeto 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diarios de Tribunales, 1990, pp. 17-35; López Herrera, Francisco: *Derecho de Familia*. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello" y Banco Exterior, 2ª edic., 2006, T. II, pp. 455-472; Bernard Mainar, Rafael: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000; Quintero Tirado, Mariolga: *Inseminación Artificial. Simientes Jurídicas en exploración*. En: Revista de Derecho Privado, Caracas, Año, N° 1-1, enero-marzo 1983, pp. 73-112; Piña Valles, Ovelio: Contexto jurídico de la procreación médicamente asistida. Venezuela, La Universidad del Zulia, Ediciones del Vicerrectorado Académico, Colección Textos Universitarios, 2007; Esparza Bracho, Jesús: *La Fertilización in vitro y otras aplicaciones Biomédicas: Bases éticas de su regulación legal*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 70, Universidad del Zulia, Enero-julio 1993, pp. 35-45; Esparza Bracho, Jesús: *Conflictos bioéticos a la luz de los derechos corporales; los derechos de los progenitores, de los receptores de gametos y embriones y del nascirutus*. En: Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política Vol. 2, N° 1, Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José M. Delgado Ocando", Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, Maracaibo, Julio de 1995, pp. 9-25; Esparza, Jesús: *Las técnicas de reproducción asistida y la investigación embrionaria: una visión bioética pluralista para la determinación del status jurídico del nasciturus*. En: I Congreso Venezolano de Derecho de Familia. Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Mérida, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 135-142; Nezer de Landaeta, Isis: *Trascendencia jurídica de las nuevas tecnologías de reproducción humana y de investigación genética*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia. Caracas-Venezuela 1994. Caracas, Publicidad Grafica

cundados[421]. En Venezuela se precisa una legislación especial que se pronuncie sobre las nuevas técnicas para generar la vida[422], pues el embrión en criopreservación tiene un status difícil de precisar civilmente ya que su situación se puede prolongar indefinidamente[423]; en tanto que penalmente el delito de aborto supone necesariamente la expulsión del feto del claustro materno, circunstancia que ciertamente no tiene

León S.R.L., 1996, Tomo I, pp. 183-197; Aguilar Gorrondona, Jorge: *Reflexiones sobre los efectos jurídicos en materia de Derecho de Familia de la reproducción asistida*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 27-55; Petzold-Pernía, Hernán: *El principio "mater in iure semper certa est" frente a la transferencia de embriones humanos*. En: SUMMA, Homenaje a la Procuraduría General de la República 135° Aniversario, Caracas, 1998, pp. 655-669; Leret de Matheus, ob. cit. pp. 425-437; Ribeiro Sousa, *Ob. Cit.,* pp. 271-295; López Gómez, José Ramón: *Dilemas biéticos en obstreticia y ginecología.* En: Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela Vol. 66, N° 3, septiembre 2006, pp. 185-190, http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322006000300009&lng=en&nrm=iso (también en: www.scielo.org.ve/pdf/og/v66n3/art09.pdf); Véase también: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. 1.456 del 27-7-06, en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm.

421 Navia Arroyo, *Ob. Cit.,* p. 295.

422 Véase en este sentido: Ribeiro Sousa, *Ob. Cit.,* pp. 291 y 292; Domínguez Guillén, *Ensayos...,* p. 499, en razón del carácter genérico de las normas constitucionales y la necesaria tipicidad que en materia penal precisan los delitos, ha de concluirse que en el estado actual de nuestro derecho, no existe una protección efectiva de los embriones extrauterinos, a saber, aquellos que ha sido concebidos fuera del claustro materno. Por lo que la protección constitucional es insuficiente; Bernard Mainar, Rafael: *La regulación de la reproducción asistida en el Derecho Comparado.* En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, p. 303, indica que en Venezuela existe una carencia absoluta sobre la materia Véase también: Vásquez Lepe, Macarena de los Angeles: *¿Es la manipulación genética de embriones humanos un atentado contra nuestra Constitución?.* En: Revista Chilena de Derecho Vol. 26, N° 4, Facultad de Derecho, octubre-diciembre 2000, p. 1.039, si bien el concebido cualquiera que sea su condición tiene protección constitucional se precisa una legislación especial en la materia orientada por el principio constitucional de protección a la vida. Véase también, alertando sobre la necesidad de normativa en la materia: Ruiz La Rosa, Eddy F.; *El perfil jurídico del embrión humano en la legislación cubana y en Derecho Comparado,* en http://www.monografias.com/trabajos16/embrion-humano/embrion-humano.shtml

423 Véase: Esparza Bracho, *Conflictos bioéticos a la luz...,* p. 14, el status del embrión conlleva cuestiones que no pueden claramente resueltas a la luz del estado actual de nuestra legislación; Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos y otros: *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Colex, 2a edic., 2001, Vol. I, p. 350, las normas existentes en materia del concebido serían difícilmente aplicables al embrión en estado de criopreservación o congelado, ya que su situación podría prolongarse en una situación de interinidad pues en tal caso no existe una gestación límite de 9 o 10 meses como pensó inicialmente el legislador. Véase en el mismo sentido: Moreno Quesada y otros, *Ob. Cit.,* pp. 94 y 95.

lugar en la fecundación artificial extracorpórea[424]. En este sentido, se presenta interesante la solución asumida por la legislación alemana que prohíbe la extracción de óvulos que no serán implantados, eliminando así el problema de los embriones sobrantes[425]. Lacadena comenta que la técnica de congelación de óvulos u ovocitos –aunque todavía en fase experimental[426]– podría perfectamente sustituir con éxito la de los embriones sobrantes y con ello eliminar el problema ético[427]. Esto es, también se podría permitir la múltiple extracción de óvulos a condición que sólo proceda la fertilización o fecundación de los que sean implantados.

---

[424] Véase: Ordoqui, *Ob. Cit.,* p. 276, se pregunta ¿se puede incurrir en el delito de aborto cuando se desecha un embión? Concluye que no pues en Uruguay la única forma posible de aborto fue la referida al seno materno. Siguiendo el principio nullum crimen nulla pena sine lege se hace necesario regular el aborto causado por la destrucción del embrión in vitro; Banda Vergara, Alfonso: *Dignidad de la persona y reproducción humana asistida*. En: Revista de Derecho Valdivia Vol. 9, N° 1, Diciembre 1998, pp. 7-42, http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200001&lng=es&nrm=iso ; Ribeiro Sousa, *Ob. Cit.,* p. 283.

[425] En Alemania la Ley de Protección al Embrión de 13-12-90 señala que en la fertilización *in vitro* a la mujer sólo se le pueden retirar el número de óvulos que van a usarse en la inseminación y con el ello se elimina el problema de los embriones sobrenumerarios.(Véase: Andorno, Roberto: *El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro.* En Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 325-327). Véase también: Hernández-Bretón, Eugenio: *Anotaciones a la Ley alemana sobre protección de los embriones: genoma humano y cuestiones de responsabilidad penal*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 103. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, p. 188, dicha ley castiga a quien intente fecundar más óvulos de una mujer de los que a ésta le puedan ser implantados. Véase igualmente dicha ley en: *Ley alemana para la protección de los embriones, de 13 de diciembre de 1990.* Traducción de María José Villalobos. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 417-422.

[426] Esto pues el proceso de criopreservación o congelamiento para algunos produce un desgaste que debe ser evitado en la medida de lo posible.

[427] Lacadena Calero**,** Juan Ramón: *Congelación de ovocitos humanos: aspectos científicos, éticos y legales.* En: http://w3.cnice.mec.es/tematicas/genetica/2003_01/2003_01_00.html "– En principio hay que reconocer como dato positivo que la técnica de congelación de ovocitos puede paliar, o incluso llegar a sustituir, a la congelación de embriones sobrantes obtenidos en programas de FIV, evitando así un serio problema bioético. La mujer que se somete a un programa de FIV podría congelar sus ovocitos para ir utilizándolos a medida que los fuera necesitando, evitando la producción de numerosos embriones sobrantes que, por razones de eficacia médica, se acumulan en la FIV convencional. En este contexto hay que señalar que la tasa de supervivencia ovocitaria es de un 80%, semejante a la de los embriones congelados". Véase también: Lacadena Calero**,** Juan Ramón*¿Qué hacer con los embriones sobrantes? El II informe de la Comisión Nacional de Reproducción humana asistida de España*. En http://w3.cnice.mec.es/tematicas/genetica/2001_12/2001_12_02_1_2.htm , aunque...se trata de una técnica todavía en fase experimental, hay que considerar la crioconservación de ovocitos.

La concepción, sea ésta "in vivo o *in vitro*" marca indefectiblemente el inicio de la existencia[428]. Negar la tutela jurídica al preembrión[429] no se corresponde con la realidad biológica sino a una solución transaccional para habilitar la experimentación genética[430], pues es bien sabido que la

[428] Esparza Bracho, *Conflictos bioéticos a la luz...,* p. 13.

[429] Para algunos el preembrión es el producto de la concepción desde el momento de esta hasta el día catorce (14). Véase; Bossert, Gustavo y Eduardo y Zannoni: *Manual de Derecho Familia.* Buenos Aires, Edit. Astrea, 3ª edic., 1991, pp. 482 y 483, Indican que se discute la admisibilidad de la investigación científica a base de embriones. Se señala que la anidación definitiva del embrión se produce después de 14 días de haberse implantado en el útero materno. La posibilidad de congelar embriones con la consecuencia de tal vez, desacharlos en un futuro porque la pareja que dio el óvulo y esperma ya no se interesa en su implantación, implíca un problema filosófico previo al jurídico y que en definitiva consiste en determinar si desde el momento de la concepción, es decir, desde que el espermatozoide atraviesa la membrana que recubre el óvulo se produce ya un ser humano o si en cambio hay sin duda una formación sin duda vital pero preembrionaria. Véase también: Cifuentes, *Elementos...,* pp. 94 y 95, indica que se acepta ahora la existencia del preembrioón hasta los 14 días, el cual aún no ha anidado completamente, careciendo de las cualidades de estabilidad, estructuración cerebral y nerviosa autónoma, que permitan individualizar al sujeto. Pasada la etapa del preembrión, el embrión si alcanza tales condiciones. Por ello, las legislaciones que se han ocupado del tema como la española de 1988 dividen los tiempos en que es posible realizar las operaciones de congelamiento, elección , depósito de óvulos y ovocitos. Se ha indicado que a la luz de la ciencia el preembrión es una masa de células sin forma humana reconocible y que tiene pocas posibilidades de quedar implantado y llegar a término; Fisiológicamente, el embrión, después de 14 días, es más complejo y tiene potencialidades muy cerca de la definición para lograr individualizarse pues entonces se ha cuasi implantado en la pared del útero y empieza a tener un desarrollo. El preembrión solo se le tiene por una entidad génetica única que tiene un potencial estadístico para lograr su completo implante. 'Decir que es un ser concebido lo que sólo revela una potencialidad genética para llegar a ser, no parece razonable ni lógico, pues no es lo que todavía no ha llegado a ser'"; *El estatuto jurídico del embrión en los Convenios Internacionales y en la legislación de España, Alemania y Francia.* Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Año XIV, N° 297, Julio de 2004, p. 6, www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro297.pdf , para algunos hasta el día 14 con la anidación no existe vida.

[430] Ferrer, *Ob. Cit.,* 262. Véase también: Contreras, Ricardo Rafael: *Bioética Reto de la Postmoderniadad*. Mérida, 2005, p. 87, www.serbi.ula.ve/serbiula/libros-electronicos/Libros/bioetica/pdf/bioetica.pdf, ciertos investigadores han llegado a afirmar que los preembriones (hasta los catorce-14- días) pueden ser utilizados en la investigación científica porque no serían propiamente embriones; sin embargo, agrega el autor que este argumento carece de sustentación y la definición de preembrión no cabe en ninguna de las etapas de desarrollo del embrión humano. Véase también opinión de María Concepción Brito Vera, médico Universidad Central de Venezuela y Gineco-Obstreta (MSDS 45.627, consulta 18-4-06), manifestó no estar de acuerdo en la manipulación del preembrión (según la distinción citada hasta el día 14) toda vez que la vida biológica se tiene a partir de la concepción aunque se trate de fecundación artificial. Véase igualmente, la opinión de los diversos médicos citadas *supra*.

vida comienza con la concepción[431]. Ese es sin duda el comienzo que hemos tenidos todos los seres humanos[432]. La tecnología no debe manipular la vida humana[433] al punto de desconocer la vida misma y el comienzo de ésta[434]. De allí que el Derecho debe intervenir y a la mano de

---

[431] Véase: Doyharcabal, Solange*: El Derecho a la vida en el nasciturus en la legislación chilena y comparada.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontifica Universidad Católica de Chile, pp. 309 y 310, comenta Doyharcabal que es evidente que para el redactor del CC, la posibilidad de fecundación extracorpórea era imposible de prever en su época, por lo que podría pensarse que las normas no tendrían aplicación al concebido in vitro, mientras no haya sido implantado, pero la doctrina argentina le niega esta interpretación literal, que tendría como consecuencia excluir la protección al embrión concebido fuera del claustro materno, mientras que no se implanta en el útero... Los argumentos: la protección comienza con la concepción; en 1985 en que se incorporan las técnicas de reproducción asistida no se distingue; realizar una interpretación humanista; el propio CC admite la analogía: el Pacto de San José protege desde la concepción. En las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1989 se indicó que "El embrión es titular del derecho a la vida" desde la concepción independientemente que ésta se haya producido en el vientre materno o en forma extracorpórea. Véase igualmente: Ribeiro Sousa, *Ob. Cit.,* 292 y 293: "¿Será acaso que los avances tecnológicos, amén de sus innegables beneficios, han generado como efecto colateral la desensibilización de nuestra sociedad moderna, hasta el punto que nos haga incurrir en la fatal ignorancia de establecer discriminaciones , al extremo de considerar distinta y más importante la vida de un embrión que se encuentra dentro del cuerpo de una mujer, y despreciar aquella otra, que por capricho de nuestra premeditada y programada voluntad creamos y a la cual hemos supeditado su desarrollo?"; Schmidt, Ludwing: *La persona, el Derecho y la terminología*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. II, pp. 599-624; Contreras, Ricardo Rafael: *Bioética Reto de la Postmoderniadad*. Mérida, 2005, pp. 84 y 85 www.serbi.ula.ve/serbiula/libros-electronicos/Libros/bioetica/pdf/bioetica.pdf, la biología y la genética concuerdan en que el nuevo ser se inicia con la concepción.

[432] Véase: Figueroa Yañez, *Ob. Cit.,* p. 56, señala que el embrión congelado lleva consigo un valor intrínseco que impide considerarlo como cosa y someterlo al régimen jurídico de los bienes. Si no es persona aún es un esbozo de vida humana. Hay mas: ha sido querido para realizar un proyecto procreativo de un individuo de la especie humana y merece el trato que reclama la dignidad del hombre. *Ese minúsculo conjunto de células es lo que todos fuimos una vez y sin el cual no habríamos llegado jamas a ser*. (Destacado nuestro).

[433] Véase también sobre el tema de la fertilización artificial: Gómez Piedrahita, Hernan: *Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos*. Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1984; Lombardi, César Alfredo y Gustavo Salvatori Reviriego: *Derecho a la identidad personal y procreación asistida*. En: XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. http: // www.jornadas-civil.org/ponencias/co1po4.html; Molina, Alejandro; *El derecho a la identidad personal y la fecundación asistida*. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. En: http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co1po10.html

[434] Véase: Schmidt, *Ob. Cit.,* p. 619, indica el autor que se pretende difundir la errónea e inaceptable idea de que el embarazo o la vida comienza con la implantación y no con la concepción para justificar la manipulación del embrión. Concluye el autor que como consecuencia de estas deshonestas maniobras se le ha arrebatado al embrión su condición de ser humano (*ibid*., p. 622), pero como no es bueno lo que necesita la mentira para triunfar, resulta mejor tomar conciencia de su verdadera naturaleza: que se trata de un ataque contra la vida y la dignidad humana (*ibid*., p. 624).

la ciencia y la bioética, ha de brindar una salida a favor y en reconocimiento de la existencia natural del concebido.

La protección del concebido es susceptible de ser contemplada desde una doble perspectiva: la personal y la patrimonial. La primera de ellas nos remite al espinoso problema del aborto[435], el segundo nos hace pensar en las consecuencias civiles[436].

Nuestro primer Código Civil de 1862 contenía expresamente una norma protectora del concebido[437]. Actualmente, el artículo 17 del Código Civil establece al comienzo de su texto la protección genérica al concebido y en su parte final consagra la teoría de la viabilidad. Dicha norma fue incorporada inicialmente en el Código Civil de 1873 aun cuando éste aludía a la teoría de la viabilidad[438].

El referido artículo 17 en la actualidad consagra la teoría de la vitalidad pero mantiene intacta la protección al concebido al indicar: "*el feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo*". Como indicamos nuestro ordenamiento vigente acoge la teoría del nacimiento, y dentro de ésta la de la vitalidad[439] y por ello no debemos entender que el feto es persona. Sin embargo, antes de adquirir personalidad el concebido puede tener a su favor derechos condicionados a su nacimiento vivo. Esta antigua máxima denota que desde tiempos antiguos se ha reconocido la existencia natural del concebido no obstante carecer de personalidad[440]. El no nacido no alcanza el rango de persona[441], pero que no sea sujeto de derechos no impide que el ordenamiento jurídico permita atribuir al concebido

---

[435] Tema que ciertamente escapa de nuestra investigación.
[436] Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* pp. 64 y 65.
[437] Véase Código Civil de 1862, *Libro Primero, Título II, Lei I, art. 2°: "La ley protege la vida del que está por nacer. El Juez en consecuencia, toma a petición de cualquiera persona, o de oficio, todas la providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra".*
[438] Véase *supra* N° II.3.1.
[439] Véase *supra* N° II. 2.2.1.
[440] Sobre la evolución y origen de la máxima que protege los intereses del concebido, véase: Fernández de Buján, *Ob. Cit.,* pp. 129-143.
[441] Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* p. 18. Pero una cosa es que sea el nacimiento el momento en que el ser humano puede adquirir su condición de persona jurídica individual y otra muy diferente que antes de que dicho proceso ocurra no tenga protección jurídica alguna, porque si desde la concepción hasta el nacimiento existe vida humana, el Derecho no puede ser ajeno a tal circunstancia. De aquí toda la normativa, tanto civil como penal, dirigida a su protección" (*ibid*., p. 19).

derechos cuya plena eficacia queda supeditada a que llegue a nacer en las condiciones generales establecidas, en cuyo caso adquieren eficacia las atribuciones patrimoniales hechas al concebido[442].

El ejemplo que se coloca en este sentido sobre situaciones jurídicas que se traten "de su bien" es precisamente la adquisición gratuita de derechos patrimoniales ya sea por vía de *herencia*[443]*, legado*[444] *o donación*[445]. También vale citar la *constitución de hogar*[446], *así como el reconocimiento de la filiación extramatrimonial*[447]. En el acto en concreto la actuación le correspondería a la persona que ejercería de estar vivo su representación[448].

---

[442] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 9.

[443] La posibilidad del concebido de suceder *ab intestato* viene dada por el artículo 809 del Código Civil que prevé: "*Son incapaces de suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos. A los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna*". (Destacado nuestro).

[444] Véase artículo 840 del Código Civil: "*Son incapaces para recibir por testamento los que son incapaces para suceder ab-intestato...*". De lo que se deduce que el concebido que de conformidad con el artículo 809 *eiusdem* puede suceder ab intestato o sin testamento puede también recibir legados, esto es suceder por vía testamentaria.

[445] Véase artículo 1.436 del Código Civil que dispone: "*No pueden adquirir por donación, ni aun bajo el nombre de personas interpuestas, los incapaces de recibir por testamento, en los casos y del modo establecido en el Capítulo que trata de las sucesiones testamentarias*". Así pues de conformidad a su vez, con los citados artículos 809 y 840 *eiusdem* según los cuales el concebido puede recibir *ab intestato* y por vía testamentaria, se concluye que igualmente puede recibir por donación.

[446] El objeto de tal figura es sustraer de los acreedores tal inmueble y convertirlo en inejecutable. Prevé el artículo 632 del Código Civil: "*Puede una persona constituir un hogar para sí y para su familia, excluido absolutamente de su patrimonio y de la prenda común de sus acreedores*". El 633 *eiusdem* señala "*El hogar no puede constituirse sino a favor de personas que existan en la época de su institución, o de los descendientes inmediatos* ***por nacer*** *de una persona determinada, sin menoscabo de los derechos que correspondan a los herederos legitimarios*".

[447] Se ha indicado también que el padre extramatrimonial del concebido pudiera reconocerlo no obstante no haber nacido porque ello ciertamente se trata de su bien. Esta posibilidad se encuentra en el artículo 223 del Código Civil. No obstante tal norma indica que "*el reconocimiento del concebido sólo podrá efectuarse conjuntamente por el padre y la madre*". Este reconocimiento tiene lugar pues como bien indica Borda, su existencia comienza a partir del momento de la concepción. (Borda, *Principio*..., p. 11)

[448] Véase en torno a la representación, Albaladejo, *Ob. Cit.,* pp. 219 y 220: Si bien el concebido no es persona para ciertos actos tal como una donación, se piensa en doctrina que la representación corresponde al mismo que le tocaría si el concebido hubiere nacido. No obstante lo correcto sería no referirse a representantes sino a quienes aceptarían, en el caso concreto. Y siendo coherente, con lo señalado anteriormente, podemos hablar de representación una vez producido el nacimiento.

Así en diversas normas de nuestro Código Civil se hacen aplicaciones concretas de los eventuales derechos del concebido. El caso típico es la adquisición gratuita de derechos, mediante una donación o una sucesión porque le es favorable o conveniente desde el punto de vista patrimonial[449], pero puede tratarse de cualquier otro hecho que mejore su condición jurídica.

El feto no puede quedar obligado cuando le sea desfavorable, por lo que debe entenderse que sí puede encontrarse obligado si le es favorable, por ejemplo, en el caso de una herencia donde su activo sea superior al pasivo[450]. Así indica Domínici que es necesario tener presente que cuando las obligaciones son correlativas a los derechos adquiridos, el feto se considerará nacido para aquéllas como para éstos, pues en ese caso los provechos y las cargas forman un todo indivisible[451]. De allí que se alude a "*deberes del concebido*" si se trata de obligaciones que resulten favorables a sus intereses como aquéllas necesarias para el mantenimiento de sus bienes o en razón de impuestos[452].

Borda indica acertadamente que el concebido puede contraer obligaciones, pero sólo en el caso de que ellas sean meros accesorios de los derechos adquiridos. Tal por ejemplo, el caso de un legado con carga, que implique el cumplimiento de algunas obligaciones por parte del legatario; o la donación de un inmueble sobre el que pesara una servidumbre de paso o de aguas; o la obligación de pagar los impuestos que gravan una propiedad; o las que pesan sobre el locador, si la casa heredada, legada o donada está alquilada. De igual modo, quedará obligado por los actos legítimamente celebrados por su representante, tales como la venta de mercaderías perecederas, la reparación de edificios que amenacen

[449] Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 218, señalan que "El alcance de la protección al concebido es amplísimo: para todos los efectos que le sean favorables. La donación y la sucesión hereditaria no son más que casos particulares que se arrastran desde una antigua tradición histórica, pero no únicos. No obstante, de su regulación se obtiene que el mecanismo de protección, tratándose de bienes y derecho a él atribuibles, discurre por el establecimiento de unas medidas de protección para que, hasta que nazca, aquellos no se pierdan o destruyan".
[450] En efecto, como la herencia es un conjunto de deberes y derechos de contenido patrimonial, el heredero recibe para sí una cantidad de derechos pero coetáneamente debe cumplir con las obligaciones incluidas en el haber hereditario. Por efecto, del artículo 998 del Código Civil las herencias deferidas a los menores deben ser aceptadas a beneficio de inventario, esto es, hasta concurrencia de su activo.
[451] Domínici, *Ob. Cit.,* p. 57.
[452] Férnández Sessarego, *Ob. Cit.,* pp. 218 y 219.

ruinas, los contratos de locación de servicios celebrados como consecuencia de la administración de bienes, etc.[453].

En efecto, comenta Lete del Río que no cabe duda de que la posibilidad que se otorga al concebido de llegar a adquirir derechos es algo favorable pero tampoco hay duda de que dicha adquisición (en el caso de que llegue a producirse) puede llevar consigo una carga o gravamen (desfavorable) y sin embargo, dicha situación no es separable; es el caso, por ejemplo, en el derecho español de la donación modal (art. 619 del CC español), de la disposición testamentaria sub modo (art, 797 CC español) o de la sucesión en las deudas del causante (art. 659 CC español). Obsérvese –según refiere acertadamente Lete del Río– que una cosa es favorecer al concebido, teniéndole por nacido para todo lo que sea favorable, y otra muy distinta sería perjudicar a otras personas (también favorecidas), no respetar la voluntad del testador o pretender derogar los principios y reglas del derecho sucesorio[454].

Indica la doctrina que el carácter favorable ha de producirse para el concebido y no para terceras personas. Sin embargo, Diez-Picazo y Gullón admiten que aunque se produzca para un tercero, pueda ser indirectamente beneficioso para el concebido; dichos autores llegan a esta conclusión a propósito de la sentencia española de 5 de junio de 1926, que aplicó el artículo 29 del Código Civil español que indica "*para todos los efectos que le sean favorables*" para deducir que una viuda encinta debía ser considerada como viuda con hijos al efecto de poder percibir una indemnización en materia de accidente de trabajo que era mayor que la que le hubiera correspondido como viuda sin hijos. Así mismo, en España, las resoluciones de 31 de marzo de 1992 y 12 de julio de 1993 aplican la ficción contenida en el artículo 29 del Código Civil español al efecto de la adquisición de la nacionalidad española *iure sanguinis*, y por consiguiente, el hijo de madre española en el instante de la concepción adquiere dicha nacionalidad, aunque en el momento del nacimiento la madre la hubiere perdido[455].

---

[453] Borda, *Principio...*, p. 13.
[454] Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 48.
[455] Véase: Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 218. Véase igualmente: Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 66; Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 48. Véase también: Cobo Plana, ob., 1997, cita Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 12 de julio de 1993.

En el ámbito nacional encontramos una decisión que cita precisamente el artículo 17 del Código Civil que prevé que el feto se tendrá como nacido si se trata de su bien, a fin de considerar que la competencia a los efectos del divorcio para el caso de que la madre se encuentre embarazada corresponde a los Tribunales del Niño y del Adolescente[456]. Esto por considerar que las previsiones especiales que debe tomar en consideración el Juez con competencia especial del niño (alimentos, guarda, visita) redundan en beneficio del futuro ser[457]. Se

[456] Véase: CICMTAB2, Sent. 20-4-06, Exp. 2006-7538, en: http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/abril/741-20-2006-7538-.html "En el referido escrito, tal como se evidencia de su lectura y de la calificación que le dio la parte actora a su pretensión, –como lo es– solicitud de divorcio, contra la ciudadana..., alegando las causales 2da y 3ra del artículo 185 del Código Civil vigente. Concretamente, el recurrente alegó en el capítulo tercero que su cónyuge..., le manifestó que estaba embarazada, quien la practicó a la ciudadana..., estudio eco grafico del útero, cuyo diagnostico fue: EMBARAZO DE SEIS SEMANAS + 5 DIAS.
Ahora bien, planteada en tales términos, la demanda contiene una pretensión cuya causa petendi deriva de una relación jurídica civil, donde se evidencia la situación del concebido (conceptus), y en nuestro Derecho, "el feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo".(C.C., art. 17). Al respecto se observa: 1. Por feto, en el sentido del Código Civil, debe entenderse todo ser humano concebido mientras no haya nacido, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la concepción. 2. El sentido de la Ley al señalar que el feto se tendrá por nacido cuando se trate de su bien, es que se lo tendrá por nacido cuando ello le favorezca. El caso mas típico es la adquisición gratuita de derechos, por ejemplo, a consecuencia de donación o sucesión; pero puede tratarse de cualquier mejora de condición jurídica".(José Luis Aguilar Gorrondona, Personas, Derecho Civil I). Así como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 49 al establecer: "el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales con las garantías establecidas en esta constitución y en la ley".(cursiva del Tribunal). En consecuencia, la tutela frente a la solicitud de divorcio donde se evidencia la figura del concebido, corresponde a los órganos de la jurisdicción especial, de conformidad con lo establecido en el artículo 173 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, y no a este tribunal. Por la razones anteriormente expuesta, este Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, se declara INCOMPETENTE por la materia, para conocer de la mencionada demanda, y declina la competencia en el Tribunal Unipersonal N° 1 para la Protección del Niño y el Adolescente con sede en la ciudad de Puerto Cabello".

[457] Véase: BICM2, Sent. 22-6-06, exp. 06-7563-cf, en: http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/803-22-06-7563-CF.-06-06-36..html ; "En el presente caso, como fue señalado *supra*, los cónyuges de común acuerdo establecieron obligaciones con respecto al hijo por nacer, y tomado en consideración el contenido del citado artículo 17 del Código Civil, cuando se trate de su bien, el feto (hijo por nacer) se reputará como nacido. En consecuencia, entendiendo que se trata en bien del feto la circunstancia de que los padres prevean lo concerniente a los derechos de éste –hijo por nacer– así como las obligaciones que asumen respecto del mismo, es por lo que, resulta forzoso entonces para quien aquí decide estimar que en atención a las normas y criterio jurisprudencial transcritos, el conocimiento de la presente causa corresponde por ende, a los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, y en apego al principio del interés superior del niño, razón por la cual se declara la incompetencia por la materia de este Juzgado para conocer de la presente causa, declinándose la competencia en el Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, a quien le corresponda por distribución; Y ASÍ SE DECIDE". Véase en similar sentido: Sala de Juicio Nº 01 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 05-07-04, Exp. BP02-Z-2002-000488, en: http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2004/agosto/1092-5-BP02-Z-2002-488-.html

ha considerado inclusive que el concebido pudiera ser considerado como actor a los efectos de la solicitud de obligación de alimentos porque ello se trataría de su bien[458].

De allí que en función del citado artículo 17 del Código Civil el feto se reputara como persona cuando se trate de su bien[459]. Así pues el artículo 17 del Código Sustantivo considera nacido al concebido para efectos jurídicos que les sean favorables, obviamente siempre que opere *a posteriori* la condición *sine qua non* de que nazca con vida. La adquisición de derechos condicionados al nacimiento que le pueden ser deferidos al *conceptus* precisan de un balance favorable, y de allí la expresión "*que se trata de su bien*". Está claro, como acertadamente ha indicado la doctrina que ese "bien" o ese balance positivo, requiere de un análisis global sobre la respectiva situación jurídica; ciertamente, el concebido podría quedar obligado si correlativamente la relación o situación de derecho de que se trate lo coloca predominantemente en una posición activa, esto es, mayormente titular de derechos. Recordemos que los derechos son correlativos a las obligaciones, y toda persona es titular de ambos pues nadie es completamente titular de deberes en forma exclusiva o viceversa. De ello ciertamente, no escapa el concebido y así aun

[458] Véase: Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, con sede en la ciudad de Guanare, Sent. 25-01-05, Exp. 4729, En: http://portuguesa.tsj.gov.ve/decisiones/2005/enero/1179-25-4729-.html "En relación al nonato de 8 meses de gestación, y debido a que el demandado incurrió en confesión ficta al no contestar la demanda, la cual está ajustada a derecho y nada probar que le favoreciera en juicio; así como también, tomando en consideración el artículo 17 del Código Civil Venezolano que establece que el feto se tendrá como nacido cuando sea para su bien, y tomando en consideración que el establecimiento judicial de la obligación alimentaria es para su bien, se declara con lugar la demanda; Y ASÍ SE DECIDE... Por los motivos expuestos, este Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, DECLARA CON LUGAR la demanda de Fijación de Obligación Alimentaria formulada por la ciudadana.... actuando en nombre del niño... y el nonato de 8 meses de gestación, contra el ciudadano...".

[459] Véase en este sentido: Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Region Centro Occidental, Sent. 11-3-05, Exp. KP02-O-2005-000008, en: http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/marzo/648-11-KP02-O-2005-000008-KP02-O-2005-000008.html "...si bien es cierto que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 76 constitucional otorga protección, la misma no es a la madre, sino a la maternidad, siendo ello de gran importancia si se considera que el Código Civil Venezolano pauta en el artículo 17 que el nasciturus, es decir el por nacer, se reputará persona cuando se trate de su bien y para ello, basta que haya nacido vivo y; en consecuencia, cuando se protege la maternidad se está protegiendo al nasciturus conforme pauta el artículo 17, arriba citado, por cuanto el feto en tanto concebido, debe tenerse como persona para todo cuanto le favorezca y, así se decide".

cuando deba ser mayormente titular de derechos para que se considere su bien, podrán estos venir acompañados de deberes u obligaciones.

Se ha considerado que una persona puede exigir resarcimiento de daños sufridos en su fase prenatal (se ha aceptado en Alemania y EUA), porque al recibir el daño era un ser con vida[460]. Si por ejemplo, durante la gestación en el seno materno, el concebido hubiere recibido un fuerte golpe causado por el hecho culpable de un tercero, esa vida humana que late dentro del vientre materno sufre y padece dolores. Esta es una realidad científicamente comprobable y técnicamente incuestionable[461]. Al respecto refiere Borda que el concebido tiene derecho a que se indemnice los daños sufridos mientras se encontraba en el seno materno. La Suprema Corte de Ottawa resolvió un caso curioso en el que una mujer encinta fue víctima de un accidente por el hecho de un tercero; poco después alumbró un niño con pies deformes y se comprobó que ese defecto físico había tenido origen en aquel accidente, la Corte hizo lugar al pedido de indemnización. La Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York ha resuelto un caso similar en el mismo sentido[462]. Una sentencia italiana se pronuncia en una orientación semejante[463].

Por otra parte, es de resaltar que la pérdida o interrupción de la vida o existencia natural del concebido por hecho imputable a un tercero, puede ser objeto de resarcimiento de daños y perjuicios. La ausencia de personalidad jurídica en tal caso, no es óbice para la procedencia de la correspondiente indemnización por daño moral en razón del sufrimiento de orden espiritual experimentado por los parientes con ocasión de la pérdida del concebido. Y así se ha indicado que la pérdida de un hijo, no importa si el feto nació vivo, debe producir dolor en sus padres, porque

---

[460] Puig Brutau, José: *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1987, Vol. I, p. 167.
[461] Ordoqui, *Ob. Cit.,* p. 270.
[462] Borda, *Principio...*, p. 12. Véase igualmente: Llambías, ob. cit, p. 229; Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Ob. Cit.,* p. 316.
[463] Véase: Fernández de Buján, *Ob. Cit.,* p. 134, nota 221: Un tribunal italiano ha reconocido en un reciente litigio como parte actora –con legitimación activa– a un concebido que sufrió daños a consecuencia de un accidente de tráfico acaecido cuando su madre gestante viajaba en un automóvil. La colisión provocó en la mujer un parto prematuro con lesiones para el niño. La aplicación de la máxima romana "al concebido se le tiene por nacido para todo lo que sea favorable" que también se consagra en el Código Civil italiano, llevó al juzgador italiano a tenerlo por nacido y como tal por persona a los efectos de su participación procesal.

se ha lesionado el legítimo derecho a que dicho feto nazca vivo, circunstancia ésta que presumiblemente se hubiese producido si no hubiera existido el accidente que originó la cesárea del recién nacido muerto[464].

4.1.3 *Situación jurídica*

El artículo 17 del Código Civil reconoce a favor del concebido la posibilidad de intervenir en ciertas situaciones que le favorecen. Ello ha generado en la doctrina la discusión sobre la ***situación jurídica*** del *conceptus*. Esto es, vale preguntarse ¿Cómo se puede explicar la situación jurídica del concebido? ¿Cómo se explica que un ser que **no** es persona y *no* tiene personalidad jurídica actual pueda figurar como sujeto de derecho en una relación jurídica? ¿Qué *status* jurídico tiene el *conceptus* si bien no es persona o sujeto de derecho?

El concebido carece de existencia propia y por tanto de subjetividad jurídica[465]. A lo largo de la historia los distintos ordenamientos jurídicos han tomado en cuenta al concebido en razón del respeto que merece la vida humana, aun cuando no se diferenciara claramente en un primer momento entre vida y personalidad[466]. Pareciera así que con el devenir del tiempo es que se logra caer en cuenta en que el status jurídico del *conceptus* es diferente al de la persona, no obstante la necesaria consideración que el respeto a la vida está implícito en ambas nociones.

---

[464] CSJ/Cas., Sent. 14-11-91, J.R.G., T. 119, pp. 406 y 407. Sin embargo, señala Lacruz Berdejo y otros que si durante la gestación la madre sufre una agresión que le causa la muerte al feto, nadie podrá reclamar indemnización de daños en nombre de éste, como sucesor suyo: la madre sí podrá reclamar, pero por lesión de una parte de su cuerpo o –lo mismo que el padre– por el daño moral sufrido (*Ob. Cit.,* p. 20).

[465] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 19.

[466] Véase sobre este aspecto: Catalano, *Ob. Cit.,* pp. 136-163; Indica Catalano que según los Digesta de Justiniano, la paridad del concebido y del nacido es un principio de carácter general, salvo excepciones de algunas partes del derecho (*ibid*., p. 146). Véase en el mismo sentido: Castán Vázquez, *Ob. Cit.,* pp. 170 y 171. Sin embargo, agrega Castán Vazquez que existe una cierta coincidencia sustancial entre la tradición romana y la ciencia actual pues en 1948 la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial se pronunció a favor del respecto absoluto de la vida humana desde la concepción (*ibid*., p. 183). Véase no obstante: Fernández Sessarego, *Ob. Cit.,* pp. 199 y 200. Indica el autor que "La generalidad de los autores que han estudiado las fuentes romanas, con el definido propósito de precisar cual era el tratamiento jurídico dispensado del *nascituro* en aquel período, sostiene que de un examen de los textos se puede concluir que sólo el nacimiento determina inicio de la subjetividad y, por ende, de la capacidad jurídica que le es intrínseca. Advierten sin embargo, que en dichos textos no aparece una clara enunciación en tal sentido, aunque se colige de modo implícito cuando ellos se refieren a situaciones concretas, a ciertas instituciones" (*ibid*., p. 199).

Recordemos que el artículo 17 del Código Civil prevé: "*El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo*". Dicha norma permite entonces –según indicamos– que el concebido pueda ser considerado a los efectos de una relación o situación jurídica particular que lo favorezca. Sin embargo, la dificultad a la que se enfrenta la doctrina viene dada por la parte final de la norma que precisa necesariamente del nacimiento vivo para concederle al ser la condición de persona.

Ratificamos que el concebido sólo será persona según el citado artículo 17 del Código Civil desde el momento del nacimiento ***vivo***, pero es difícil definir jurídicamente su estado entre la concepción y el nacimiento, pues si nace, se considerará que es titular de ciertos derechos desde su concepción y si muere se considera como si nunca hubiera existido. De manera pues que aunque el ***concebido no es persona*** y no tiene personalidad jurídica, resulta difícil explicar su status porque el feto participa como sujeto temporal en una situación jurídica, y los únicos en Derecho que tienen esa posibilidad son las "personas o sujetos de derecho".

En este sentido indica Doyharcabal que el *nasciturus* o concebido en la legislación peruana puede figurar como un sujeto de derechos aunque no es persona, en lo cual hay una relación de género a especie, pues no alcanza la categoría de persona[467]. Sin embargo, tal apreciación no resuelve el problema en razón de la equivalencia entre los términos "*persona*" y "*sujeto de derecho",* al punto que se consideran sinónimos[468].

Refiere Aguilar Gorrondona que han surgido varias teorías para explicar el problema. Dicho autor admite que la mayoría de la doctrina sostiene que el feto no es persona, pero él concluye que el feto tiene personalidad jurídica a pesar de tener la capacidad jurídica limitada y agrega que quienes admiten una personalidad sometida a condición suspensiva reconocen implícitamente la personalidad del feto[469]. Sin em-

[467] Doyharcabal Casse, *Ob. Cit.,* pp. 311 y 312.
[468] Véase *supra* N° I. 1.1.
[469] Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* pp. 56-58; 1) La teoría de la ficción, cuyo exponente principal fue Savigny, le reconoce personalidad al feto a sabiendas de que no es persona pero cesa esa ficción si el no tiene lugar el nacimiento y subsiguiente vida. Se crítica que esta teoría no añade nada nuevo a lo que señala la ley. 2) Teoría que no reconoce personalidad al feto, la mayoría de los autores sostienen que el feto no es persona. Que durante el tiempo de la concepción: – los derechos quedan sin titular – los derechos tienen sujeto indeterminado – se le atribuyen los derechos al feto bajo la condición suspensiva de que nazca vivo – se le atribuyen a la persona bajo la condición resolutoria de que nazca muerto. 3) Teorías que reconocen la personalidad del feto, pero que su capacidad jurídica está limitada (teoría que sigue Aguilar Gorrondona).

bargo, sólo un sector minoritario de la doctrina asimila la vida del concebido a la personalidad[470]. Pensamos que la explicación jurídica sobre el *status* del concebido reclama de un análisis más complejo pues ciertamente la conclusión no puede ser que a falta de una mejor explicación el concebido tiene personalidad.

Es necesario pasearse por las diversas explicaciones que ha ofrecido la doctrina a la situación del concebido, para así repensar sobre su status. En efecto, la mayor parte de los autores tienden –acertadamente a nuestro juicio– a señalar que el concebido no es persona y por ende, obviamente no tiene personalidad. Lo que varía entonces es la explicación jurídica sobre su naturaleza.

Indica en este sentido Castán Tobeñas –y nos mostramos plenamente de acuerdo al respecto– que el concebido no tiene una verdadera personalidad jurídica porque es el nacimiento el que determina la persona-

[470] Por su parte, entre los que sostienen la personalidad del feto, además de la citada opinión de José Luis Aguilar Gorrondona, (*Ob. Cit.,* p. 58), pueden citarse en el Derecho extranjero; Cifuentes al referirse a persona por nacer y considerar que tiene una incapacidad absoluta (*Elementos...,* p. 94); Baqueiro y Buenrostro señalan que tienen derechos, sólo que se resuelven si no nacen con vida no se requiere recurrir a la ficción de considerarlo nacido, los derechos sin sujeto es una posición superada (*Ob. Cit.,* p. 151); Carlos Fernández Sessarego (*Ob. Cit.,* pp. 188 y ss). Para el chileno Zapata Larraín, el embrión humano es una persona (*Ob. Cit.,* pp. 386 y 389). Véase también: Zapata Larraín, Patricio: *La interpretación de la Constitución*. En; Revista Chilena de Derecho, Vol. 17, N° 1, enero-abril 1990, pp. 163 y 164, el autor señala que la palabra "persona" tiene para el contexto de la Constitución chilena un significado distinto y más amplio que en el Derecho Privado, a saber, todo ser humano desde la concepción, en tanto que para el Derecho Civil persona es el ser humano nacido vivo. Véase: Petzold-Rodríguez, María: *Algunas consideraciones filosófico-jurídicas sobre el estatuto del embrión humano*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, Vol. II., pp. 245-252. Señala la autora que el embrión debe ser reconocido como ser humano, y por ende, protegido desde su origen, se decir, desde su concepción. La autora cita decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica N° 2306-00 del 15 de marzo de 2000 (www.poder-judicial.go.cr/scij) que refiere que la manipulación genética afecta la dignidad del ser humano pues el embrión humano es persona desde su concepción por lo que no puede ser tratado como objeto para fines de investigación (*ibid*., pp. 250 y 251). Véase igualmente sosteniendo la protección a la vida a partir de la concepción y aludiendo al concepto de persona: Ochoa Gómez, Oscar: *Derechos de la personalidad*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2002, Vol. I, p. 907. Véase también: Cifuentes, Santos: *El embrión humano. Principio de existencia de la persona*. s/l, Edit. Astrea, 2002, En: www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0046.pdf, p. 12, Cifuentes indica que el esquema en relación al concebido debería ser: eres persona porque tienes vida, y te reconozco derechos que ejerces por representación y te protejo a ti y a tus derechos pero si naces muerto es como si nunca hubieses adquirido tales bienes y derechos patrimoniales sin dejar por ello de haber sido persona.

lidad, pero el Código Civil para atribuirle ciertos beneficios se vale del mecanismo de la ficción (suponerlo nacido). Pero en el fondo lo que hay es una protección de intereses eventuales. Castán cita a Maldonado quien a su vez considera que se trata de la protección jurídica de un interés en vista de un sujeto transitoriamente indeterminado, de un futuro titular que todavía no existe. Hubiera sido más exacto el Código Civil al expresar simplemente que los intereses del concebido se protegerán como los del nacido[471].

Según Castán no debe considerarse al concebido como ya nacido, *basta con reconocer a su favor reserva de derechos eventuales*. Siguiendo a Bonfante considera –acertadamente el autor– que la regla de que el concebido se tiene por nacido aplicada textualmente está en contradicción con otras normas que niegan la personalidad del que está por nacer, pues el concebido no es persona[472]. En el mismo sentido, indica Lete que el concebido no es persona y tampoco es correcto hablar de una atribución anticipada o provisional de la personalidad ya que los efectos jurídicos son únicamente favorables y además se encuentra sometido a la *conditio iuris* del nacimiento. La situación del concebido implica una situación de interinidad, en la que la masa de bienes o derechos que se le destinan pueden llegar a adquirirse si nace; se encuentra en una situación de pendencia, la cual no siempre se resolverá a favor del concebido, solamente si llega a nacer y retroactivamente al nacimiento con los requisitos legales[473].

Mariano Aguilar Benítez y otros refieren –acertadamente– que la norma que indica que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca en las condiciones del Código Civil, no se trata de anticipar la personalidad sino de proteger los derechos que eventualmente pudieran existir en el supuesto de que jurídicamente se produjese el nacimiento[474].

---

[471] Castán Tobeñas, *Ob. Cit.,* p. 110.
[472] *Ibid*., p. 104.
[473] Lete del Río, *Ob. Cit.,* pp. 47 y 48, agrega el autor que es cierto, que el concebido si llega a nacer será titular de dichos bienes o derechos, pero también lo es que pueden serlo aquellas personas a las que corresponderán los bienes si aquél no llega a nacer. En el mismo sentido: Albaladejo, *Ob. Cit.,* p. 216, el concebido carece de personalidad porque esta sólo se tiene con el nacimiento; Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 19.
[474] Aguilar Benítez de Lugo y otros, *Ob. Cit.,* p. 34.

Bercovitz indica que la situación patrimonial de los bienes del concebido encaja perfectamente en el esquema conceptual propio de las situaciones de *pendencia* (podría integrar patrimonio de otras personas)[475]. Igualmente O´Callaghan siguiendo a De Castro señala que la teoría más moderna que debe aceptarse para explicar la situación del concebido es considerar que se trata de una situación de pendencia[476].

Refiere Orgaz –en el mismo sentido– que para Von Tour, en el caso del concebido, se mantiene temporariamente en suspenso la atribución de derechos hasta el nacimiento sin violentar la noción de persona. Dice Orgaz que estos derechos quedan simplemente reservados hasta el momento del nacimiento, si nace vivo lo adquiere con derecho retroactivo, si nace muerto se frustra la adquisición por falta de sujeto. Ella no entraña el contrasentido que se le quiere imputar de derecho sin sujeto, *lo que ocurre es que el sujeto esta momentáneamente indeterminado, son derechos que esperan un momento futuro y próximo para la determinación de un titular*[477].

Se aprecia así, que la generalidad de la doctrina se pronuncia acertadamente en torno la ausencia de personalidad jurídica del concebido[478].

---

[475] Bercovitz, ob cit., pp. 167 y 168, aunque aclara el autor que ello no resulta válido para explicar la protección a nivel personal. Véase igualmente: Marín Pérez, *Ob. Cit.,* p. 77: al parecer se trata de una verdadera situación de pendencia, en cuanto la adquisición definitiva de tales derechos se encuentra sometida a la condición suspensiva del nacimiento del concebido, y si tal nacimiento tiene efectos retroactivos, el cumplimiento de la condición y por una verdadera ficción, se entenderá que, a tales efectos, el concebido era persona a partir del momento de la concepción.

[476] O´Callaghan, ob.cit., p. 237, Agrega que está basada en consideraciones de equidad y no concede al concebido la personalidad que sólo da el nacimiento: únicamente si nace se produce la adquisición del derecho teniéndose por nacido desde la concepción; si no nace no el derecho no sufre alteración.

[477] Orgaz, *Ob. Cit.,* pp. 35-37. Igualmente el autor chileno Victorio Pescio señala que si la criatura no nace viva NO ES PERSONA y se considera que jamás ha tenido tal carácter (*Ob. Cit.,* p. 23). El autor colombiano Naranjo Ochoa igualmente señala que la ley protege la vida del que está por nacer pero ello no indica que por la concepción surja la existencia de la persona, sujeto de derechos y obligaciones (Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* p. 116.).

[478] La doctrina italiana se pronuncia igualmente en torno a la ausencia de personalidad del concebido: De Ruggiero comenta que la protección al concebido se da en razón de la esperanza de que nazca, por ello es tomado en consideración por el derecho, el cual le concede una especial protección y en caso de derechos hace retrotraer la existencia del feto al momento de la concepción (De Ruggiero, *Ob. Cit.,* p. 343). Santoro Passarelli señala que la atribución de derechos a favor del concebido subordinados a la efectividad del nacimiento no debe hacer pensar en una anticipación de la personalidad con relación al hecho del nacimiento (Santoro Passarelli, F. : *Doctrinas Generales del Contrato*. Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1964, p. 6). Messineo indica que antes del nacimiento el sujeto es inexistente y no adquiere personalidad, sin embargo en tiempo anterior al nacimiento la ley se ocupa del sujeto por nacer porque lo considera

Por nuestra parte, pensamos que el concebido carece de existencia propia y por tanto de subjetividad jurídica. El feto no es persona y por ende no tiene personalidad jurídica, no existiendo en tal caso ni el ente o sujeto, ni la cualidad o subjetividad. Su protección jurídica no lo hace titular de la condición de sujeto de derecho o persona. "Evidentemente un ser humano no nacido no es persona en acto aunque sí en potencia. Su devenir lo conduce a ser persona"[479].

Realmente las explicaciones relativas a que el feto es persona se caen por su propio peso cuando los derechos eventuales a su favor se desvanecen porque no tuvo lugar el nacimiento con vida. Si el feto no llega a nacer vivo no se considerará persona, se tiene como si jamás hubiese existido. El ejemplo más evidente de lo anterior, se observa en el campo de la adquisición patrimonial de derechos, porque si no tiene lugar el nacimiento con vida, tal consolidación se desvanece por la inexistencia de titular. En nuestra opinión no existe propiamente una "personalidad anticipada" del concebido, sino el inicio incipiente o la vigencia temporal de ciertas relaciones o situaciones jurídicas particulares, subordinadas necesariamente a la existencia de una personalidad futura. Esto es, las relaciones o situaciones jurídicas de que se trate penden de una personalidad futura, por ende, no se anticipa una personalidad, sino que los derechos deferidos al feto están en suspenso hasta que éste tenga subjetividad. La pretendida anticipación de una personalidad propiciaría

---

una esperanza de hombre, especialmente a nivel patrimonial siempre que después nazca (Messineo, *Ob. Cit.,* p. 90). Coviello refiere que antes del nacimiento *el feto no tiene personalidad* pero se protege su existencia, expresión poco exacta porque no es que se reconozca una capacidad parcial al concebido sobre la base de una ficción de personalidad, es que el fundamento de la protección estriba en la posibilidad de nacimiento, y a su vez no basta el nacimiento; es necesaria la vida (Coviello, *Ob. Cit.,* p. 161.). Lo mismo vale indicar respecto de la doctrina francesa: Planiol y Ripert señalan que cuando una criatura nace viva y viable –en dicha legislación– se retrotrae su capacidad de adquirir derechos a la época de su concepción (*Ob. Cit.,* p. 7); Ripert y Boulanger comentan que la personalidad del ser humano comienza con el nacimiento, por una ficción legal, el simplemente concebido puede ser titular de derechos (Ripert, Georges y Jean Boulanger: *Tratado de Derecho Civil [Según el Tratado Planiol]*. Buenos Aires, Ediciones La Ley, 1963, T. II, V. I, Trad. Delia García Dairreaux, p. 310); Mazead indica por su parte que la criatura humana en todo caso tiene desde su concepción una *personalidad condicional,* puesto que no existe si no nace vivo (*Ob. Cit.,* p. 9). Josserand refiere que si nace muerto es como si nunca hubiese existido, sin embargo anteriormente a su nacimiento el niño se beneficia de cierta personalidad en materia de sucesiones y donaciones (*Ob. Cit.,* p. 173).

[479] León C., Augusto: *Aspectos bioéticos relacionados con el comienzo y el valor de la vida humana*. En: Revista de la Facultad de Medicina, Vol. 23, N° 2, julio 2000, pp. 78-84, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S0798-04692000000200002&script=sci_arttext&tlng=es , el autor cita a Castillo Valery.

a concluir que la subjetividad del concebido es evidente e indiscutible y la verdad es que en el estado actual de nuestro Derecho, ninguna relación jurídica se concreta por el solo hecho de la concepción.

La indicación de Cifuentes de que debería considerarse que si el feto nace muerto es como si nunca hubiese adquirido bienes y derechos patrimoniales sin dejar por ello de haber sido persona[480], en nuestro criterio no resuelve el problema pues todo persona por esencia y definición es titular de deberes y derechos, incluyendo los de contenido patrimonial. En consecuencia, mal se puede pretender sostener la personalidad de un ente sin la necesaria correspondencia de las relaciones pecuniarias porque ello sería sostener una suerte de personalidad parcial. La personalidad se despliega en todo su esplendor, en el ámbito personal y patrimonial.

Aguilar Gorrondona refiere que sostener la posibilidad de derechos sometidos a condición es aceptar implícitamente la personalidad del feto[481], pero tal consideración no es correcta, pues recordemos, que la retroactividad tiene lugar únicamente por efecto del nacimiento con vida. De manera que esa personalidad sólo la admite nuestro ordenamiento en tal supuesto, lo que se traduce en negar la personalidad del ser que nace muerto. La dificultad en la explicación jurídica sobre el *status* del *conceptus*, no se resuelve por vía de la concesión de una personalidad que ciertamente no tiene; en una situación semejante se encontraría el *concepturus* quien ni siquiera ha sido concebido y no se nos ocurre a falta de una mejor explicación atribuirle existencia legal o personalidad.

La personalidad se tiene o no se tiene, para que el feto fuese persona al margen de nacer vivo se requeriría consagrar la teoría de la concepción y una vez probada la misma al margen de nacer sin vida se concedería la subjetivad jurídica[482]. Si ello en el estado actual de las cosas no es así, ciertamente el concebido carece de personalidad. La posibilidad de

---

[480] Véase al respecto: Cifuentes, Santos: *El embrión humano. Principio de existencia de la persona*. s/l, Edit. Astrea, 2002, En: www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0046.pdf, p. 12.
[481] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 57, señala que algunos atribuyen derechos al feto en el período indicado bajo condición suspensiva de que nazca vivo y "con ello implícitamente se reconoce la personalidad del feto, ya que se le reconoce la posibilidad de derechos, aunque sea condicionales".
[482] Véase *supra* N° II.2.1.

figurar en forma temporal e indeterminada en cualquier relación de derecho depende para su consolidación y determinación del hecho futuro del nacimiento vivo. Por lo que sólo nos queda concluir que el concebido *per se* no tiene subjetividad jurídica.

El *status* del *conceptus* responde a una situación excepcional donde la consolidación del derecho de que se trate, tendrá lugar cuando se adquiera el carácter de persona, es decir, al momento del nacimiento con vida. Esta es la posición más aceptada por la doctrina nacional que se pronuncia mayoritariamente en torno a la condición suspensiva[483]. En la doctrina extranjera se sigue generalmente en forma acertada esta posición[484]. Esta parece ser la idea que recoge el artículo 77 del Código Civil chileno que indica que "*los derechos que se deferirán a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron*"[485]. Esta disposición se apreció en nues-

---

[483] Véase en este sentido: Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* pp. 102 y 103; La Roche, *Ob. Cit.,* p. 59; Domínici, *Ob. Cit.,* p. 57; Sanojo, *Ob. Cit.,* p. 68; Ramírez, *Ob. Cit.,* p. 76; Grisanti, *Ob. Cit.,* p. 52, este refiere que el feto intrauterino carece de vida independiente de la vida de la madre y con mayor razón de personalidad, pero una ficción benigna lo considera cuando se trata de su bien y le confiere aptitud para ciertos derechos como sucesiones.

[484] Manuel Albaladejo, señala que el concebido carece de personalidad, pues esta sólo se tiene con el nacimiento; su protección se realiza no mediante la creación de una personalidad sino haciendo que los derechos o relaciones a favor del concebido quedan en situación de pendencia hasta que el concebido sea persona; si nació se le tiene por nacido desde que fue concebido. Agrega el autor que "esta tesis que adopto de dar eficacia *posterior y retroactiva* al NACIMIENTO es preferible a la de dar a la CONCEPCIÓN *eficacia anterior pero sometida a eventual resolución*. No tiene contradicción, pues la ley indica "el concebido se tiene por nacido" para ciertos efectos, de manera que solo se considerará persona si nace. (Albaladejo, *Ob. Cit.,* Vol. II, pp. 216 y 217). Véase en este sentido sobre la retroactividad; Messineo, *Ob. Cit.,* p. 90; Von Thur, en algunos casos se retrotrae al comienzo de la personalidad al momento de la concepción (Von Thur, Andreas: *Derecho Civil. Parte General*. México, Antigua Librería Robredo de José Porrua e Hijos, 1946. Trad. de Wenceslao Roces, p. 49). Planiol y Ripert señalan que cuando una criatura nace viva y viable se retrotrae su capacidad de adquirir derechos a la época de su concepción. (Planiol y Ripert, *Ob. Cit.,* p. 7). Véase igualmente: Marín Pérez, *Ob. Cit.,* p. 77: al parecer se trata de una verdadera situación de pendencia, en cuanto la adquisición definitiva de tales derechos se encuentra sometida a la condición suspensiva del nacimiento del concebido, y si tal nacimiento, tiene efectos retroactivos, el cumplimiento de la condición y por una verdadera ficción, se entenderá que, a tales efectos, el concebido era persona a partir del momento de la concepción.

[485] Ducci Claro, *Ob. Cit.,* pp. 98 y 99. En el mismo sentido se aprecia en redacción el párrafo 1° del artículo 93 del Código Civil colombiano, Véase: Parra Benítez, *Ob. Cit.,* 2002, p. 107.

tro primer Código Civil de 1862 por inspiración del Código Civil chileno de Andrés Bello[486].

Se afirma que los derechos del que está por nacer, están sometidos a una condición suspensiva, de modo que si ésta no se cumple es como si nunca hubiera habido persona[487]. La teoría de la condición suspensiva[488] ha cobrado fuerza para explicar la situación jurídica del concebido. Por su parte la de la condición resolutoria no encuentra mayor apoyo en la doctrina[489], pues no tiene sentido admitir la existencia de una personalidad que se perdería ante la condición resolutoria del nacimiento muerto, pues como indicamos de haber existido la personalidad no sería posible borrarla del mundo jurídico[490].

Sin embargo, la teoría de la condición suspensiva, no obstante contar con apoyo en la doctrina, es criticada por algunos por considerar que la situación del concebido no se corresponde propiamente con el funcionamiento de tal condición[491]. La condición suspensiva y resolutoria está prevista en nuestro Código Civil en materia de "obligaciones condicionales"[492] por lo que es cuestionable que la personalidad o subjetividad jurídica del concebido pueda ser resuelta en razón de una norma que

---

[486] Véase Código Civil de 1862, *Libro Primero, Título II, Lei I, art. 4°: "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, están suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entra el recién nacido en el goce de sus derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se difirieron. En el caso del artículo 1°, inciso 2° pasan estos derechos a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido".*

[487] Navia Arroyo, *Ob. Cit.,*.pp. 291 y 292.

[488] La condición suspensiva se presenta cuando la adquisición de un derecho queda suspendida hasta que se verifique la condición; la condición resolutoria se da cuando tiene lugar la adquisición de un derecho pero éste se resuelve si se verifica tal condición.

[489] Véase sin embargo: Azpiri, Jorge Osvaldo: *Manual de Derecho de Personas y de Familia*. Argentina, Azmo Editores, 1976, p. 24; Alterini, Atilio Aníbal: *Derecho Privado*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edic., 1989, pp. 107 y 108.

[490] Véase *supra* N° II.2.1.

[491] Parra Benítez, *Ob. Cit.,* 1997, 1997, p. 95; Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, *Ob. Cit.,* p. 137, se indica que en ausencia del que se espera que exista legalmente, otras personas recogerían lo que aquel hubiera podido tener. Estas, por tanto, tendrían derechos sometidos a condición suspensiva, consistente en que el nacimiento no constituya principio de existencia legal. Concluyéndose que no puede ser que para ellas haya derecho condicional suspensivo y también para la criatura que no ha nacido, porque no se acepta jurídicamente que un derecho esté condicionado, con una misma especie de condición, para dos o mas individuos que ostenten intereses opuestos.

[492] Véase artículos 1.197 y 1.198 incluidos en la sección I relativa a las "Obligaciones condicionales", Capítulo II "De las diversas especies de obligaciones".

regula el nacimiento de una obligación o derecho de crédito. Una cosa es el nacimiento o existencia de una determinada obligación en una relación jurídica y otra es precisamente el principio de la personalidad, esto es, el comienzo de la existencia jurídica. Son instituciones difícilmente asimilables.

Ahora bien, pudiera acotarse que en todo caso lo que queda en suspenso es el derecho y no la personalidad. En efecto, la relación o situación jurídica particular de que se trate quedará en suspenso hasta tanto se verifique la condición del nacimiento vivo. Es esa la forma en que vemos de alguna manera aplicable la noción de condición suspensiva prevista en el Derecho de Obligaciones. Y así como lo que puede estar sometido a condición suspensiva o a condición resolutoria son las obligaciones y por correlativo los derechos, de conformidad con los artículos 1.197[493] y 1.198[494] del Código Civil, pondríamos concluir que los derechos y obligaciones contentivos de una relación o situación jurídica particular donde intervenga el concebido, están sometidos para su consolidación a la condición "suspensiva" del nacimiento vivo.

De tal suerte, que en lugar de personalidad anticipada del concebido preferimos hablar –por las razones expuestas– más bien de suspensión, paralización o latencia de las relaciones o situaciones jurídicas particulares en que interviene el concebido. La existencia del derecho deferido dependerá de la condición suspensiva del nacimiento con vida. Si la existencia natural del concebido no llega a materializarse en existencia jurídica o personalidad a través del nacimiento con vida, la relación o situación jurídica particular que se le ha atribuido al feto, no llegará a existir o consolidarse por falta de sujeto, de conformidad con el citado artículo 17 del Código Civil. Los derechos-deberes atribuidos al concebido en tal caso se desvanecen ante la inexistencia de sujeto de derecho.

Sin embargo, lo indicado no resuelve el problema pues los derechos sometidos a condición suspensiva igualmente deben ser deferidos a un sujeto o persona, siendo que el concebido todavía no tiene tal status. De allí que con razón Enneccerus señala que la teoría de los derechos con-

[493] Que prevé: "*La obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto*".

[494] "*Es suspensiva la condición que hace depender la obligación de un hecho futuro e incierto. Es resolutoria, cuando verificándose, repone las cosas al estado que tenían, como si la obligación no se hubiese jamás contraído*".

dicionales ha sido criticada por considerar que la misma nada resuelve, pues hasta el derecho condicional supone un sujeto[495]. "No hay acuerdo en la doctrina a la hora de calificar la situación en la que se encuentran los derechos atribuidos al concebido mientras no se produce el nacimiento; la tesis que tienen más seguidores se mueven entre considerarla como 'una expectativa de derechos', o como derechos eventuales que se consolidan una vez producido el nacimiento"[496].

Se aprecia así que todas las ideas explanadas por la doctrina no logran explicar a cabalidad la excepcional situación jurídica del concebido. A nuestro modo de ver, la posición más sana y sincera la ofrecen los autores chilenos Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, al referirse a las teorías que pretenden explicar la situación del conceptus y concluyen que "***en realidad, desde el punto de vista de los principios rigurosos, el asunto no tiene explicación satisfactoria***"[497]. En el mismo sentido, indica Bercovitz que la insuficiencia doctrinaria para explicar la situación del concebido no constituye sino una prueba más de que siempre se ha pensado en esta institución en relación con el nacimiento[498].

Ciertamente la situación del concebido se presenta como un supuesto especial que rompe con las explicaciones derivadas de las instituciones jurídicas en juego. Por ejemplo, se afirma que sólo las personas pueden ser sujeto de derecho y que si el concebido puede figurar en una relación aun cuando sea con la condición futura de que nazca vivo, en consecuencia es persona. Pensamos que tales silogismos no son ciertos, porque precisamente estamos ante un supuesto excepcional donde un ser figura como una suerte de término subjetivo sin ser todavía propia-

---

[495] Enneccerus, Ludwig y otros: Citado por: Parra Benítez, *Ob. Cit.,* 2002, p. 108; Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Ob. Cit.,* p. 316.
[496] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 10.
[497] Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, *Ob. Cit.,* p. 137 (Destacado nuestro). Refieren los autores, al preguntarse sobre ¿qué clase de derechos tiene el concebido? No es bajo condición suspensiva, porque las personas a las que les correspondían los derechos si no nace legalmente el niño tienen un derecho bajo la condición suspensiva de que el nacimiento no constituya principio de vida y si esto es así no puede serlo también para la criatura: No es resolutoria porque implica un derecho actual, no es eventual porque implica una relación entre sujeto y regla jurídica... (*ídem*).
[498] Bercovitz, ob cit., pp. 167 y 168.

mente persona o sujeto de derecho[499]. Como indicamos la personalidad se tiene o no se tiene, no se puede borrar del ordenamiento jurídico con la consideración de que nunca existió porque si es así es porque precisamente no tuvo lugar la persona.

El problema a nuestro criterio radica en tratar de explicar una situación única y particular que no encuentra parangón con otras instituciones de derecho. Pretender trasladar teorías que funcionan en otros ámbitos distintos al planteado, como el patrimonial, no resuelve el problema del *status* jurídico del concebido. Por lo general el jurista trata de buscar la naturaleza jurídica de algunas instituciones jurídicas en figuras análogas olvidando que a veces un punto coincidente no es suficiente para encuadrar un supuesto en una institución preexistente. Ahora bien, el hecho de que la problemática del concebido no sea fácilmente explicable a través de los institutos nombrados no significa que el feto tenga personalidad, es decir, el hecho de que ninguna teoría logre explicar a cabalidad el *status* jurídico del *conceptus* no puede llevar a la conclusión de que el feto es persona, pues lo mismo se aplicaría para el *concepturus* o por concebir, el cual se presenta como una simple expectativa.

Es por todo lo anterior que consideramos acertada la conclusión de los autores chilenos Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga. La situación jurídica del concebido no tiene una explicación satisfactoria. Concluimos que se presenta como una situación jurídica única y excepcional donde el ordenamiento jurídico permite la intervención de un ser precisamente porque sin alcanzar todavía la condición de persona o sujeto de derecho, en poco tiempo se convertirá en tal. Los derechos implícitos en esa relación no se consolidan hasta tanto tenga lugar el nacimiento con vida. Mientras tanto, no existe la persona o sujeto de derecho, no se tiene nombre civil ni existencia legal.

El concebido es una esperanza que se protege en la actualidad en homenaje a una existencia natural con proyección de existencia jurídica en un futuro cercano. Precisamente su “vida” o existencia natural no constitu-

---

[499] La teoría de la condición suspensiva no obstante ser la más aceptada por la mayoría de la doctrina supone el traslado de aspectos relacionados con las obligaciones, donde precisamente se habla de derechos sometidos a condición suspensiva pero en el caso que nos ocupa estamos en presencia no de un derecho-obligación sino de un ser que ni siquiera tiene el *status* de sujeto de derecho. En consecuencia, la equivalencia o el traslado no es del todo convincente.

ye en modo alguno argumento jurídico suficiente para atribuirle per se personalidad jurídica[500]. Aun cuando el tan citado artículo 17 del Código Civil indique que "*el feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien*"; más que anticipar una personalidad futura que aun no existe y podría no llegar a existir[501]; preferimos –según precisamos *supra*– más bien considerar que lo que se mantiene en estado de suspenso o latencia es la relación o situación jurídica particular que se le defiere al concebido. Esto es, nos atrevemos a pensar –según indicamos– que la personalidad del feto propiamente no puede anticiparse porque de no nacer vivo no existió subjetividad jurídica alguna; De tal suerte que en lugar de referirnos a una personalidad anticipada preferimos aludir a la suspensión de los derechos que le sean referidos al concebido.

Lo anterior constituye simplemente una precisión conceptual que señalamos a los fines terminológicos, pero en modo alguno pretende resolver en esencia la explicación relativa a la situación jurídica del concebido porque queda sin explicar la falta de personalidad del ente a quien se le defiere el derecho. De allí que claramente confesamos nuestra adhesión a la sincera afirmación que el asunto no presenta una solución realmente satisfactoria.

4.2 *EL conceptururus*

Aun cuando el ordenamiento jurídico protege generalmente al concebido por ser efectivamente una esperanza de vida, nuestra normativa también se refiere aunque más sutilmente al que habrá de ser concebido, a saber, al ser respecto del cual ni siquiera ha operado aun la concepción. Pensamos que el citado artículo 76 de la Carta Magna contiene inclusive una sutil referencia al "*por concebir*" o *concepturus* cuando alude al derecho de los progenitores a decidir el número de hijos que deseen

[500] Véase: Ferrajoli, Luigi: *La cuestión del embrión entre derecho y moral*. En: Jueces para la democracia. Información y Debato. Madrid, N° 44, julio 2002, p. 4, www.juecesdemocracia.es/revista/jpd_num_44.pdf, el hecho de que la vida comience antes del nacimiento, aun siendo indudablemente cierto no es un argumento suficiente para establecer que el embrión y ni siquiera el feto son personas.

[501] Pues como indicamos *supra* la personalidad o subjetividad jurídica se tiene o no se tiene, o más bien, se tuvo o no se tuvo, de tal suerte que de haber existido no se puede borrar del ámbito del Derecho.

concebir[502]. El Código Civil por su parte también se refiere en algunas de sus normas al *concepturus*.

En algún caso, la ley toma en consideración también la suerte del no concebido todavía, el cual es algo menos que una esperanza de hombre porque puede ocurrir que nunca sea concebido[503]. El no concebido es un *nondum conceptus*, no existe y no puede adquirir derechos[504]

El concebido encierra en sí mismo un futuro ser humano y por tanto es digno de protección, en cambio, el ni siquiera concebido no es nada. No obstante, la semejanza entre ambas figuras existe, aunque sólo sea superficialmente[505].

A diferencia del caso del concebido en que la concepción del futuro ser humano ya se ha producido y sólo pende el transcurso del tiempo que determine su nacimiento, se cuestiona ahora la posibilidad de efectuar atribuciones de derechos a posibles futuros sujetos de derecho o seres que ni siquiera están concebidos[506]. La posibilidad viene dada siempre que el ser sea identificable a los fines que la adquisición se produzca al momento que comience su personalidad[507].

Señala Castán que "los no nacidos ni concebidos no pueden, en principio, adquirir derechos ni ser titulares de ellos. No obstante, por vía más o menos indirecta, a través de determinadas instituciones jurídicas, cabe atribuir derechos a seres aún no concebidos, siempre que sean susceptibles de determinación; ejemplo, los hijos que puedan nacer de determinados padres. La posibilidad de que se trata se estudia y discute especialmente con relación a las adquisiciones hereditarias; pero Roca Sastre advierte que el problema puede examinarse también en el orden contractual, principalmente dentro de la figura de las estipulaciones en provecho de tercero y de las donaciones submodo. La fundamentación

---

[502] Prevé la norma; "*...La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre.* ***Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir*** *y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción...*".
[503] Messineo, *Ob. Cit.,* p. 91.
[504] Buig Brutau, *Ob. Cit.,* p. 167.
[505] Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 52.
[506] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 10.
[507] O´Callaghan, *Ob. Cit.,* p. 239.

teórica de dicha posibilidad está, nos dice Roca, en la tesis según la cual hay que admitir, en algunos supuestos, la existencia de derechos subjetivos transitoriamente sin sujeto o de vinculaciones provisionales de bienes en favor de un sujeto esperado”[508].

En el ámbito venezolano señala Gustavo Contreras que “propiamente la ley no puede proteger al que no existe, lo que sucede es que el legislador toma en cuenta la manifestación de voluntad de una persona que vive, encaminada a otorgar derechos patrimoniales a un futuro concebido; por ello, es más práctico que hablemos de ‘tratamiento legal del no concebido’ que de ‘protección legal’”[509].

“Privar al causante de la posibilidad de llamar a personas no concebidas en el momento de su muerte, contradice una tradición histórica arraigada en la naturaleza humana. Siempre ha ocurrido que los testadores llamen al orden sucesivo a los herederos, en otros términos, a una posterioridad que ellos no conocen al morir por no existir. Así, v.gr., el testador llama a su herencia a su hijo, que ha de conservarla para transmitirla a su vez a su hijo”[510].

El Código Civil venezolano toma en cuenta al ser que habrá de ser concebido específicamente en materia de *donación*[511], *testamento*[512] y *constitución de hogar*[513].

[508] Castán Tobeñas, *Ob. Cit.,* p. 114.
[509] Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* p. 100.
[510] Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 220.
[511] Art. **1.443** CC : “*Los hijos por nacer de una persona determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se hayan concebido.*
Para aceptar la donación los hijos no concebidos serán representados por el padre o por la madre indicados por el donante según el caso.
Por lo demás, a menos que el donante disponga otra cosa, la administración de los bienes donados la ejercerá él, y en su defecto, sus herederos, quienes pueden ser obligados a prestar caución”. Una disposición muy parecida a la anterior se observa en el art. 763 del CC italiano, según refiere De Ruggiero (De Ruggiero, *Ob. Cit.,* p. 344).
[512] Art. **840**, CC : “*Son incapaces para recibir por testamento los que son incapaces para suceder ab intestato.*
Sin embargo, pueden recibir por testamento, los descendientes inmediatos, es decir, los hijos de una persona determinada que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía”. El no concebido es incapaz de recibir *ab intestato* (sin testamento), de conformidad con el artículo 809 *eiusdem*, pero por vía testamentaria tiene aplicación la norma comentada.
[513] Recordemos que el citado artículo 633 del Código Civil señala que el hogar puede constituirse a favor... “*de los descendientes inmediatos **por nacer** de una persona determinada”*. (Destacado nuestro). Se admite así como indicamos al referirnos al conceptus que en función de la última parte de la norma puede constituirse hogar en favor del *nasciturus* (bien sea conceptus o concepturus) pues a ellos alude la expresión “por nacer “.

Señala Aguilar que así por ejemplo, una persona puede nombrar como sus herederos a los hijos de su única hermana, incluyendo expresamente a los que ésta llegue a concebir en el futuro. Y aunque la ley no lo diga en materia de sucesiones, ninguna duda cabe de que, por aplicación analógica de las normas sobre donaciones, corresponde al padre o a la madre designados por el testador aceptar la herencia o legado en representación del no concebido. En cuanto a la administración de los bienes correspondientes se aplican las normas sobre disposiciones testamentarias condicionales (CC art. 925), mientras el *concepturus* no llegue a ser concebido ni quede excluida la posibilidad de que llegue a serlo"[514].

Lete del Río cita en este sentido una sentencia española del 25 de abril de 1963 que indica que "en nuestro Derecho positivo no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder *mortis causa* de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas en su existencia real como tales personas, pues en otro caso la institución, por ser a favor de un sujeto incierto, sería ineficaz en Derecho con verdadera ausencia del destinatario de la herencia o legado". La decisión añade que "es de subrayar que en bastantes ocasiones los testadores se limitan a designar a sus causahabientes con paladina y concreta expresión de sus ascendientes, vivos o fallecidos, sin que tal forma implique causa de nulidad ante la certeza del beneficiario". Y tampoco es obstáculo la alegación de que las relaciones jurídicas del causante deben tener en todo momento un titular, ya que el mismo Código Civil prevé la falta de titular actual en el caso de institución bajo condición suspensiva ordenando que en tal supuesto "se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse"[515].

Se aprecia así, que nuestro Código Sustantivo toma en cuenta la voluntad de una persona viva respecto a la posible atribución de derechos patrimoniales a un ser que todavía ni siquiera ha sido concebido. Ciertamente si la situación jurídica del concebido es difícil de explicar, con más razón la del que todavía no existe y más aún no se sabe ni siquiera si existirá. De allí que las disposiciones relativas al *concepturus* simplemente pretenden tomar en cuenta la voluntad del donante, del testador o quien constituye hogar, más que una eventual protección de un ser que no detenta siquiera existencia natural.

[514] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 59.
[515] Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 53.

De tal suerte que una persona podrá expresamente destinar un derecho de contenido patrimonial a un *concepturus*. La situación pareciera orientarse por una idea semejante a la de los derechos sometidos a condición suspensiva que la doctrina atribuye al *conceptus* o concebido[516]. En tal caso se deberá esperar al nacimiento vivo, a los fines de la adquisición del derecho o al advenimiento del tiempo en que quede definitivamente descartado dicho nacimiento. Esto es, cuando por circunstancias atinentes a la naturaleza sea evidente que "*la persona determinada*" no tendrá descendencia.

La ley así toma en cuenta al "por concebir" desde el punto de vista civil, básicamente en atención a la voluntad de la persona que quiere deferirle un derecho de contenido patrimonial. Pareciera que la consideración legal encuentra sentido mayormente en función de la voluntad de la persona que dispone de tal derecho que de una pretendida protección al propio *concepturus*.

5. PRUEBA DEL NACIMIENTO

El medio legal para probar el nacimiento vivo es la *partida de nacimiento* y a falta de ésta, la correspondiente sentencia supletoria[517]. De conformidad con el artículo 445 del Código Civil el nacimiento se debe hacer constar en la jurisdicción donde tuvo lugar el mismo. Se acredita el nacimiento de la persona por la inscripción en el Registro Civil; inscripción que hace prueba del hecho, hora y lugar del nacimiento, del sexo del nacido y de la filiación del mismo[518]. La partida de nacimiento es el acta de mayor trascendencia para la persona[519] porque determina otros datos relevantes para el estado civil, distintos a la filiación, tales como la edad y el sexo.

---

[516] Véase *supra* N° II. 4.1.3.

[517] Véase artículos 458 y 595 del Código Civil. Véase también: artículos 768 al 774 del Código de Procedimiento Civil.

[518] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 14; Moro Almaraz y Sánchez Cid, *Ob. Cit.,* p. 121; Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* pp. 63 y 64; Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* pp. 221 y 222; Albaladejo, *Ob. Cit.,* pp. 220-223; O´Callaghan, *Ob. Cit.,* p. 236. Véase sobre las menciones que debe contener la partida de nacimiento, artículo 466 del Código Civil y las partidas del estado civil en general, artículo 448 del Código Civil.

[519] Véase: Huezo Chávez, Efraín Antonio: *Consideraciones sobre el Registro Civil en el Salvador*. El Salvador, Universidad del Salvador, 1972, D´Auesseau citado por Huezo indica que la partida de nacimiento "*es la prueba más grande del estado del hombre... echad por tierra esta prueba y todos los fundamentos de la sociedad civil serán sacudidos, no habrá ya nada cierto entre los ciudadanos*". Véase también: Domínguez Guillén, *El estado civil...,* pp. 401 y 402.

El acta de nacimiento hace prueba de este hecho jurídico salvo que sea impugnada de conformidad con el artículo 457 del Código Civil[520], en cuyo caso habría que acotar que el nacimiento podría desvirtuarse por la prueba en contrario, por constituir declaraciones de los comparecientes, a diferencia de las declaraciones del funcionario que poseen el carácter de auténticas y en consecuencia sólo pueden ser impugnadas mediante la acción de tacha de falsedad[521]. La declaración de nacimiento en principio no tiene el carácter de auténtica porque al funcionario del estado civil no le consta dicho hecho de conformidad con el artículo 1.359 *eiusdem*[522].

Las pruebas médicas de docimasia[523] tienen lugar en caso de duda respecto del nacimiento vivo. Por lo que las mismas serían útiles en el caso excepcional de que se discutiera el hecho del nacimiento vivo, antes de expedir la correspondiente constancia de nacimiento y subsiguiente partida, que es la prueba legal por excelencia. También podría tener aplicación la docimasia, con posterioridad a la expedición de la correspondiente partida de nacimiento, si se llegare a impugnar el valor de la declaración del nacimiento, de conformidad con el artículo 457 del Código Civil.

Vale referirse a una inconsecuencia que presenta el artículo 466 del Código Civil venezolano al indicar: "*... Cuando no estuviere vivo el niño en el momento de hacerse la declaración de su nacimiento, la autoridad civil lo expresará así, sin tener en cuenta la declaración de los comparecientes de haber* ***nacido vivo o muerto****.*

Se extenderá además, al mismo tiempo, la partida de defunción correspondiente, sin expresar ***si nació o no con vida***"[524].

[520] Que prevé: "*Los actos del estado civil registrado con las formalidades de este Título, tendrán el carácter de auténticas respecto de los hechos presenciados por la Autoridad.*
Las declaraciones de los comparecientes, sobre hechos relativos al acto, se tendrán como ciertas hasta prueba en contrario.
Las indicaciones extrañas al acto no tendrán ningún valor, salvo disposición especial".
[521] La tacha de falsedad debe intentarse en base a las causales taxativas que establece el artículo 1.380 del Código Civil.
[522] Esto es el funcionario puede dar fe de los hechos que ha efectuado o de los que declara haber visto u oído. Y lo cierto es que el funcionario no puede dar fe del hecho del nacimiento porque mal puede dejar constancia de un hecho que no le consta.
[523] Véase *supra* N° II.2.2.1.
[524] Destacado nuestro.

El citado artículo se refiere al supuesto en que haya tenido lugar el deceso antes de proceder al levantamiento de la partida de nacimiento. Sin embargo, decimos que ciertamente la norma contiene una impropiedad[525], pues si un ser ha nacido muerto no llegó a adquirir la condición de persona y en consecuencia no se debe proceder a la inscripción en el Registro Civil de Nacimiento. Ello pues la prueba del nacimiento con vida será la correspondiente partida y la misma no debe ser extendida si no ha operado el hecho fundamental que le concede personalidad jurídica al nuevo ser[526].

Marisela Párraga de Esparza considera sabia la previsión de legislador en el artículo 466 por no tener el funcionario capacidad para determinar si nació con vida y en tal caso se procederá a la correspondiente impugnación[527]. Ahora bien, pensamos que precisamente por no tener el funcionario de registro facultad para tal determinación es que de alguna manera trata de acercarse a la regularidad o existencia de dicho hecho jurídico a través de la correspondiente *constancia de nacimiento*, la cual expide el establecimiento médico cuando ciertamente el niño nace con vida. De tal suerte que no tiene sentido lógico que el legislador consagre la posibilidad de erigir el carácter de una persona sin serlo, para luego proceder a su impugnación, pues la partida en principio constituye la prueba por excelencia del hecho cierto del nacimiento vivo, del cual se pueden derivar importantes efectos jurídicos patrimoniales para los terceros.

Ripert y Boulanger –acertadamente– en la doctrina francesa indican en relación con las criaturas nacidas muertas que la declaración no debe ser admitida pues la cuestión de si nació vivo puede ser de capital importancia[528]. De manera que la referencia del artículo 466 del Código Civil contiene una impropiedad que deber ser objeto de una sana interpretación correctiva en el sentido que bajo ningún concepto se puede

---

[525] Que eventualmente podría ocasionar serios problemas jurídicos.

[526] ¿Cómo omitir entonces el dato que le da el carácter de persona al nuevo ser, a saber, el nacimiento vivo?. Recordemos que además del nacimiento se precisa la respiración fuera del claustro materno, porque si se nace muerto no se tiene la condición de persona de conformidad con el artículo 17 del Código Civil. Véase *supra* N° II.2.2 y II.2.2..1

[527] Párraga de Esparza**,** Marisela: *Régimen Jurídico del Registro de Nacimientos en el Derecho civil Venezolano.* En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia N° 69, Maracaibo, 1992, p. 112.

[528] Ripert y Boulanger, *Ob. Cit.,* p. 116.

proceder a levantar una partida de nacimiento de un ser que ha nacido muerto, es decir, que no llegó a ser persona, porque el Registro de nacimiento, es precisamente, un registro de nacimiento de personas y quien nació muerto no llegó a ser tal[529].

Creemos sin embargo, que este problema difícilmente se presentará en la práctica ante la exigencia legal de la "*constancia de nacimiento*" que precisan actualmente diversos instrumentos normativos en el caso de nacimientos acontecidos en establecimientos médicos[530]. Respecto de nacimientos extrahospitalarios se pretende ciertamente alguna prueba de la veracidad del hecho[531].

---

[529] Esta inadvertencia pretende ser corregida en una reforma, Véase en este sentido exposición de motivos el ***Proyecto de Ley Orgánica del Registro del Estado Civil***, (1989) presentado por la senadora Sonia Sgambati, p. 14, indica que art. 466 del CC actual se refiere a si "**nació vivo o muerto**" lo que da lugar a inscribir hechos desconocidos y erróneos que afectan la tasa de natalidad. De esta manera se falsea también la contabilidad de los nacimientos vivos y las defunciones fetales y por tanto, la tasa de natalidad, mortalidad y mortinatalidad se calculan sobre bases erróneas. Esa debilidad se corrige con el proyecto, pues se definen con claridad los hechos que deben inscribirse en los registros de nacimiento y defunción.

[530] Véase: *Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente,* art. 17 (*Gaceta Oficial* 5.266 del 2-10-98 y vigente a partir de abril de 2000) ; *Reglamento que regula la inscripción en el Registro del Estado Civil de Nacimiento*, artículos 1 al 4 (Decreto N° 2.819 del 30 de septiembre de 1998, *Gaceta Oficial* N° 36.553 del 5 de octubre de 1998); Las Directrices para "I*dentificación Inmediata de Niños y Niñas cuyos nacimientos hayan ocurrido en la Instituciones, Centros y Servicios de Salud del País*", artículos 1 al 5, y las Directrices que contienen el "*Instructivo del Proceso de Identificación Civil de Niños, Niñas y Adolescentes nacidos en Venezuela*", artículo I.4.1. (ambos de *Gaceta Oficial* N° 37.771 del 9 de septiembre de 2003). Al efecto, se precisa, según tales instrumentos, además de los correspondientes datos, de las impresiones dactilares de la madre, así como de las *impresiones podográficas y dactilares* del niño o niña. Dicha exigencia resulta esencial a los fines de una efectiva identificación.

[531] En el caso de nacimientos extrahospitaliarios, el Reglamento que regula la inscripción en el Registro del Estado Civil de nacimientos indica en su artículo 6 que la constancia de nacimiento se tramitaría ante el organo de protección del menor, que levantará un expediente y expedirá la correspondiente constancia de nacimiento. Por su parte, el artículo 681 de la LOPNA y las citadas Directrices del año 2003 ("I*dentificación Inmediata de Niños y Niñas cuyos nacimientos hayan ocurrido en la Instituciones, Centros y Servicios de Salud del País*", artículo 17 y el "*Instructivo del Proceso de Identificación Civil de Niños, Niñas y Adolescentes nacidos en Venezuela*", artículo II.1.5), señalan que en tal caso, se requerirá la declaración jurada del partero, jefe de la casa, párroco, representante de la asociación de vecinos o de alguna autoridad comunitaria local ante el funcionario de Registro Civil; agrega que si fuere imposible obtener aunque sea al menos la declaración de las personas indicadas se podrá acudir a la declaración jurada de tres testigos. Pensamos que desde el punto de vista de lograr o propiciar la regularidad en la prueba del nacimiento nos parece mejor la solución adoptada por el Reglamento que regula la inscripción en el Registro del Estado Civil de nacimientos, toda vez que requiere la intervención de un órgano de protección del Menor en la expedición de un instrumento fundamental para controlar o constatar la veracidad del nacimiento.

Vinicio Ávila Rodríguez critica la utilización del término "constancia de nacimiento *vivo*" utilizado en el artículo 1 de las Directrices para "I*dentificación Inmediata de Niños y niñas cuyos nacimientos hayan ocurrido en la Instituciones, Centros y Servicios de Salud del País*"[532], y señala que la normativa sólo debió referirse a "constancia de nacimiento" por considerar que el Código Civil prohíbe la mención del nacimiento vivo y se podrían presentar casos en que ante un nacimiento muerto se le niegue la constancia a los padres y tengan mayores dificultades para lograr la inscripción del nacimiento[533]. Sin embargo, pensamos que cuando la ley alude a constancia de nacimiento está implícito jurídicamente que se trata de un nacimiento con vida, porque de lo contrario no debe operar la inscripción registral, pues la partida de nacimiento es la prueba por excelencia del hecho del nacimiento vivo de la que se derivan los correspondientes efectos jurídicos de la concesión de la personalidad. Ciertamente, la regla en modo alguno sería levantar una partida de nacimiento ante un "nacimiento" sin vida para que luego sea desvirtuada en juicio, porque del acta correspondiente se despliega una presunción de veracidad de la que se podrá pretender la respectiva atribución de personalidad.

En consecuencia, los nacimientos sin vida no han de ser inscritos en el Registro del Estado Civil. "Es presupuesto básico para practicar la inscripción de nacimiento, que se pruebe la existencia de la persona y que esta haya nacido con los requisitos que determina la ley"[534]. Si lo que se pretende es llevar un control de tales defunciones fetales, debe crearse una especie de inscripción distinta a la relativa al nacimiento con vida. Así por ejemplo en España está prevista una suerte de Registro de aquellos seres que no adquirieron la condición de personas y que tal ordenamiento denomina "criaturas abortivas"[535]. De tal suerte que la "*defunción fetal*"[536] no interesa a los fines de la inscripción

[532] Artículos 1 al 5, (*Gaceta Oficial* N° 37.771 del 9 de septiembre de 2003).
[533] Véase: Avila Rodríguez, Vinicio: *Comentarios a la organización del registro del estado civil en la actualidad*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Vol. I, pp. 206 y 207.
[534] Cobo Plana, *Ob. Cit.,* p. 40, cita Resolución española de la Dirección General de Registros y del Notariado de 17 de octubre de 1995.
[535] Véase Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 64, art. 45 LRC.
[536] Véase Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* p. 110, refiere que la "defunción fetal" es la muerte de un producto de la concepción antes de la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre, independientemente de la duración del embarazo.

registral. Ello no obstante, las impropiedades o errores en que se pueda incurrir en la práctica[537].

El deseo de los familiares de proceder a la inhumación de quien no fue persona porque nació muerto, no puede ser resuelto levantando una partida de un hecho jurídico que no tuvo lugar; se trata de un ser que no tendrá partida de defunción porque obviamente no tendrá partida de nacimiento. En tal caso para proceder a la inhumación del cuerpo de quien nació muerto, de no ser suficiente la respectiva constancia médica[538], podría solicitarse la autorización correspondiente al funcionario de Registro del Estado Civil, a saber, la Primera Autoridad del Municipio o Parroquia mediante la presentación de la certificación o constancia médica. Esto en razón de que el artículo 476 del Código Civil señala que dicha autoridad expedirá la respectiva orden de inhumación en caso de muerte[539].

Vale decir que, reiteramos en forma radical que aun cuando la prueba del nacimiento formalmente sea la correspondiente partida, según referimos

---

[537] Véase al respecto, referencia considerada en la decisión judicial: Tribunal Unipersonal de Primera Instancia en funciones de juicio n° 04 del circuito judicial penal del estado Mérida, extensión El Vigía, Sent. 3-04-06, exp. LP11-S-2004-000681, en: http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2006/abril/949-3-LP11-S-2004-000681-.html "...sin embargo la defensa objeta el acta de defunción de... , signada con el Nro. 478, por cuanto el mortinato no puede ser considerado como persona, tal y como lo refiere el artículo 17 del Código Civil. Ante este argumento de la defensa, este Tribunal comparte lo señalado por el defensor en cuanto a que el mortinato no puede ser considerado como persona; sin embargo en el acta de defunción que se incorpora por su lectura al proceso, claramente se señala... "el día seis de abril de dos mil cuatro, en el Hospital Universitario de los andes, falleció el menor...que la causa de la muerte fue "Muerte Fetal Inuten, según certificado de la", lo cual significa que se traba de un feto que murió intrauterinamente, es decir dentro del vientre de la madre, por lo que al levantarse dicha acta de defunción, no quiere significar que se le este reconociendo al mortinato, la cualidad de persona". Es de observar, que en un caso como el referido en modo alguno procede la inscripción registral por cuanto el ser no llegó a adquirir la condición de persona pues falleció intrauterinamente.

[538] A tal efecto nos indican los médicos que el Servicio de Obstetricia puede emitir el correspondiente certificado de nacido muerto, pues si los parientes lo solicitan el cuerpo puede ser entregado para sepultura una vez realizada la autopsia. [Opinión del doctor José Gregorio Calderón Villegas, MSDS 51.304 (consulta realizada el 16-11-05)]. En el mismo sentido indica el médico pediatra Julio Torrealba Sánchez que en tales casos, se emite certificado de mortalidad fetal tardía con el cual el feto podría ser enterrado. (MSDS 33.160, consulta 28-12-05). En la misma orientación: la doctora Nairobi Molina considera que ciertamente se puede emitir en tal caso una constancia médica de no nacido con vida a los fines de la sepultura (MSDS 49.071 consulta realizada el 23-12-05). En el mismo sentido: María Concepción Brito Vera (MSDS 45.627, consulta 18-4-06); Bertha Victoria García (MSDS 17.992, consulta 18-4-06).

[539] Véase *infra* N° III.5

bajo ningún concepto puede sostenerse el absurdo de que el inicio de la personalidad dependa de la inscripción registral[540]. La personalidad humana se adquiere automáticamente con el nacimiento vivo con independencia de la referida inscripción ante el Registro del Estado Civil.

Por otra parte, el artículo 466 de nuestro Código Civil indica que si se trata de gemelos deberá indicarse el orden de los nacimientos en la partida de nacimiento[541]. El orden cronológico de los nacimientos múltiples podría ser importante en algunos casos en los que por ejemplo se establezca una donación a favor del primogénito. Ahora bien, si no se logra probar el orden de los nacimientos en caso de partos múltiples, el principio será el mismo en relación con la carga de la prueba pues no hay presunciones en este sentido; corresponderá la prueba a quien alega la prioridad del nacimiento.

Algunas legislaciones establecen una suerte de presunción para el caso de imposibilidad de probar el orden de los nacimientos múltiples ante derechos patrimoniales deferidos al primogénito, optando ante la falta de prueba por la división del derecho de que se trate[542]. Se razona que en caso de una donación o legado a favor del primogénito en el supuesto de que no pudiese probarse quien ha nacido primero, la solución más razonable y a la vez respetuosa, al menos en parte, con la voluntad del testador sería reconocer el derecho por igual a los dos o a todos (según se trate de parto doble o múltiple)[543]. En el Código Civil Español también se aprecia una norma relativa al caso del primogénito[544]. Sin em-

[540] Véase *supra* N° II.2.3.
[541] Indica tal norma que "*Si el parto fuere de gemelos, se mencionará esta circunstancia en cada una de las partidas que deberán extenderse y se expresará el orden de los nacimientos*".
[542] Véase: Parra Benítez, *Ob. Cit.,* 2002, p. 105, en el derecho colombiano cuando nacieren de un mismo parto dos o más hijos llamados a suceder sin que pueda saberse la prioridad del nacimiento se dividirá entre ellos el censo (derecho) por partes iguales...". Véase también: Véase: Borda, *Manual*..., p. 151; Borda, *Principio*..., p. 10, el Código argentino igualmente indica que si nace más de un hijo vivo en un solo parto serán considerados de igual edad y con iguales derechos. Borda refiere que se trata de una solución justa que distribuye equitativamente los derechos, evita pruebas difíciles e impide posibles fraudes, como podría ocurrir en el caso de que los padres, en vista de los derechos a un legado o donación, manifestasen que nació primero el varón, cuando en verdad había sido la mujer o viceversa
[543] Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 45.
[544] El artículo 31 del Código español dispone: "*La prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la ley reconozca al primogénito*". Indica Lete del Río que dicho artículo se refiere al supuesto de parto doble y aplica la regla *"qui potiur est tempus potiur est iure". (*Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 45). Véase igualmente: Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 63; Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 217; Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 23.

bargo, reiteramos que en el ordenamiento Venezolano no contamos con una norma que consagre presunción alguna en este sentido, por lo que quien alegue la prioridad en el orden de los nacimientos deberá probarla, siendo que la mención contenida al respecto en la partida se tiene por cierta hasta prueba en contrario de conformidad con el citado artículo 457 del Código Civil.

La identificación del recién nacido[545] es fundamental a los fines del levantamiento de la correspondiente partida. La partida de nacimiento, de conformidad con el artículo 466 del Código Civil debe contener además de las menciones que indica el artículo 448 *eiusdem,* la indicación del *nombre* de pila del recién nacido y la referencia al *sexo*. La necesidad del nombre de pila es básica a los fines de la individualización y no precisa mayor comentario[546], al punto que según la disposición de no colocarle nombre el presentante lo hará el funcionario. La referencia al sexo, se presenta particularmente relevante ante la posibilidad en nuestro Derecho de los nombres neutros, a saber, aquellos que no designan el género del portador[547]. Y finalmente, la *hora* del nacimiento que precisa como dato general el referido artículo 448, para algunos determina el momento preciso de la mayoridad pero además podría presentar interés a los efectos de la prioridad en el nacimiento de seres que no sean gemelos y hayan nacido el mismo día.

Finalmente, vale indicar que el acta de nacimiento, constituye tema fundamental del Registro del Estado Civil de Nacimiento, el cual se ha visto afectado por una diversidad de instrumentos normativos que deben tenerse en cuenta a los fines de la correspondiente inscripción[548]. Por otra

---

[545] Véase sobre el tema: Corzo Gómez, José: *La identificación del recién nacido*. Buenos Aires, edit. Leimen, 1943.

[546] Salvo que ha de tratarse de un término consecuente con la dignidad de la persona humana. Véase sobre el nombre: Domínguez Guillén, *Ensayos*..., pp 405-466; Domínguez Guillén, María Candelaria: *El nombre civil*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 118, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 201-269.

[547] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos*..., pp. 417 y 418.

[548] Véase sobre la materia además de los instrumentos indicados *supra* con relación al acta de nacimiento, otros textos normativos y comentarios que refiere: Avila Rodríguez, *Ob. Cit.,* pp. 179-221. Véase también sobre esta materia: Baroni Uzcategui, Ricardo: *Nueva organización del Registro Civil de las personas*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Vol. I, pp. 223-301; Contreras Vega, Alix R.: *El Registro Civil en Venezuela Régimen actual*. En: Revista Tachirense de Derecho N° 16-17. Universidad Católica del Táchira, enero-dicembre

parte, aun cuando el inicio de la personalidad no dependa de la inscripción registral, por ser ésta una institución probatoria fundamental, múltiples instrumentos tienden a facilitar e incentivar dicha inscripción de nacimiento[549], pues el derecho a la identificación es fundamental en el ámbito jurídico[550] y por ende puede ser exigido mediante diversas acciones[551] o medidas[552]. Se aprecian también sanciones[553] en este sentido.

2004-2005, pp. 97-108; Flores, Anik y Andrea Rondón García: *La naturaleza de las actas del Registro Civil.* En: Revista de Derecho N° 18. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp. 345-392. Véase igualmente: TSJ/Sala Constitucional, sent. N° 2651 del 2-10-03, J.R.G., T. 204, pp. 81-101, también en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/2651-021003-01-0241.htm

[549] Véase, además de los citados *supra*: Artículo 56 de la Constitución, 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 18 de la LOPNA.

[550] Véase sobre el derecho a la identificación registral: Párraga de Esparza, Marisela: *El derecho a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 70. Maracaibo, Universidad del Zulia, 1993, pp. 47-63; Montero Rodríguez, Lilian Margarita: *El derecho a la identidad de los niños y adolescentes.* En: Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 313- 323; Salvador Gutiérrez, Susana: *Derechos Registrales del Menor*. En: El menor y la familia: Conflictos e implicaciones. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, Instituto Universitario "Matrimonio y Familia", Nueva Serie III, 1998, pp. 123-150.

[551] Véase por ejemplo: Sala de Juicio Nº 02 fel Tribunal de Proteccion del Niño y del Adolescente, en la Ciudad de San Carlos del Estado Cojedes, Sent. 18-4-07, Exp. 6308, http://cojedes.tsj.gov.ve/decisiones/2007/abril/1534-18-6308-.html , de declara con lugar el amparo constitucional intentado a favor del niño. "a objeto de restablecer el Derecho a la Identidad del referido niño. Procédase a insertar y expedir el acta de nacimiento".

[552] Véase artículo 126, letra f, de la LOPNA. Véase: Sala de Juicio del Tribunal de Proteccion del Niño y del Adolescente de la Circunscripcion Judicial del Estado Vargas, Sent. 5-5-04. Exp. N° 2131 http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/abril/40-5-2131-.html "Solo establece el literal f) del artículo 126 de la Ley Orgánica para la Protección el Niño y del Adolescente, la posibilidad de intimación, el apremio a los responsables, según el caso, para que subsanen las irregularidades existentes en materia de Registro Civil y documentos de identidad de niños y adolescentes".

[553] Véase de la LOPNA, artículos 224, 225 y 273.

Capítulo III

La extinción de la personalidad jurídica del ser humano

1. GENERALIDADES

El Derecho tiene por norte y objeto la persona o sujeto de derecho, pero en lo que respecta a la persona natural o humana, al orden jurídico ésta sólo le interesa mientras sea tal, es decir, en cuanto tenga personalidad. Los límites temporales de la subjetividad jurídica del ser humano no son eternos, sino que vienen precisados por dos hechos jurídicos que marcan su permanencia en el mundo del derecho; el nacimiento con vida y la muerte.

Los momentos relativos al inicio y al fin de la persona humana son fundamentales para el jurista, porque tales instantes marcan la línea que define la personalidad jurídica natural. Esto es, el ser humano, hombre o mujer, existe jurídicamente y es persona mientras no haya acontecido el único hecho capaz de quitarle su condición de sujeto de derecho, a saber, la muerte.

Recordemos que la persona es el sujeto de la relación o situación de derecho, es, decir, es el ente capaz de figurar como sujeto activo (titular de derechos) o pasivo (titular de deberes) en una relación jurídica[554]. La importancia de los momentos que determinan para el ser humano su condición de persona o sujeto de derecho es innegable, porque sólo entre una y otra línea fronteriza, la que marca el lapso entre el nacimiento con vida[555] y la muerte, el ser humano será sujeto de derecho y en consecuencia, titular de derechos y obligaciones en cualquier relación o situación jurídica.

Como indicamos, al Derecho sólo le interesa el ser humano que construye su mundo aquí[556]. La persona natural o ser humano existe así para el orden legal mientras tenga vida y el fin de la misma ciertamente constituye un momento digno de examen para el jurista. En el presente capítulo, nos dedicaremos al análisis de la única figura que en el ordenamiento venezolano pone fin a la existencia jurídica del ser humano, a saber, la muerte. Esta constituye el único motivo que en la esfera de nuestro Derecho produce la extinción de la personalidad del hombre[557]. Haremos sin embargo referencia a otras instituciones que, si bien se asemejan, no tienen el mismo carácter extintivo de la muerte y veremos otros aspectos ligados a la misma tales como los efectos del único hecho capaz de suprimir la subjetividad jurídica del ser humano.

2. LA MUERTE

2.1 *NOCIÓN JURÍDICA*

La muerte, a diferencia, del nacimiento –que puede no llegar a ocurrir– es un hecho seguro e inminente. Esto pues algunos seres pueden no llegar a nacer con vida, mientras que una vez acontecida ésta nadie

[554] Véase *supra* N° I.1.1.
[555] Recuérdese que en Venezuela adoptamos la teoría de la vitalidad. Véase *supra* N° II.2.2.1.
[556] Hattenhauer, *Ob. Cit.,* p. 16.
[557] Véase sobre el tema: Bravo Casas, Víctor Lisandro: *Fin de la existencia de la Persona Natural.* Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1982. Véase también: Peñaranda Quintero, Héctor Ramón: *Fin de la personaliad jurídica*. En: http://www.monografias.com/trabajos17/fin-personalidad-juridica/fin-personalidad-juridica.shtml

escapa de la muerte. Todo comienzo precisa de un final y así todo el que nace ha de morir[558].

"La muerte es un acontecimiento inexorable, que llega tarde o temprano, a todo hombre, y coloca a éste ante un misterio: su vida tiene un límite temporal que él no conoce por anticipado". Para todos, la muerte juega un papel paradójico: el de hacer inteligible la vida. En efecto, si la vida no tuviera un límite temporal, las acciones humanas no tendrían sentido. No habría razones para realizar una acción o para omitir otras, dado que, de todas maneras, nada nos impediría realizarla en el futuro. Toda nuestra vida se prolongaría ante nosotros como un proceso indefinido y se tornaría un sin sentido[559].

Visto así, la muerte le concede sentido a la existencia humana por representar un estímulo en la búsqueda de las acciones que el hombre pretende realizar durante su vida. Otros por su parte, no ven la muerte como un acontecimiento que permite justificar la propia vida, sino como un fatal hecho que le hace perder sentido a ésta y así algunos inclusive ponen énfasis en el "absurdo de la vida que ha de acabar necesariamente con la muerte"[560].

---

[558] Véase sobre la muerte: Comesaña Santalices, Gloria M.: *La muerte desde la dimensión filosófica: una reflexión a partir del ser –para– la muerte heideggeriana*. En: Agora Trujillo. Revista del Centro Regional de Investigación Humanística, Económica y Social Año 7 - Nº 13 enero-junio 2004, pp. 113-125. También en: www.saber.ula.ve/.../alexandr/db/ssaber/Edocs/pubelectronicas/agoratrujillo/agora13/articulo_5.pdf. La autora comenta: "¿Es fuerte la muerte, porque después del nacer, es lo más seguro que tenemos, lo único incondicionado e inevitable en definitiva?" (*Ob. Cit.,* p. 124). Véase igualmente: Montiel Montes, Juan José: *El pensamiento de la muerte en Heidegger y Pierre Theilhard de Chardin. En: Utopía y Praxis latinoamericana*. UPL, Vol. 8, N° 21, Maracaibo, marzo 2003, pp. 59-72, http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162003003000005&lng=es&nrm=is... , indica que "Reflexionar sobre nuestra muerte, es reflexionar sobre nuestra vida. La muerte es una dimensión de la vida. Es nuestra compañera más fiel, la única que nunca nos abandona puesto que puede sobrevenir en cualquier momento. Rechazar la muerte, hasta el extremo, es negarse a vivir. Para vivir plenamente hay que tener el coraje de integrar la muerte en la vida". (también en: www.serbi.luz.edu.ve/pdf/upl/v8n21/art_05.pdf) Véase también sobre la muerte y sus implicaciones bioéticas: Singer, Peter: *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional.* Barcelona, edit. Paidós, 1997.

[559] Andorno, *Bioética...*, p. 145. Visto así la muerte constituye una gracia y una ventaja pues el antiguo sueño de la inmortalidad del hombre es actualmente aguijoneado por los progresos de la biotecnología. Y cabría preguntarse, si la inmortalidad fuera un día posible ¿habría que desearla o no? (*ibid*., p. 146).

[560] Véase: Schmidt, Ludwing: *La muerte: una visión interdisciplinaria de un acto humano*. En: Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, p. 352.

Por otra parte, existe sin duda un traumatismo en la muerte, un potencial impacto emocional derivado de la violenta supresión de la vida, bien sea de un ser querido o de uno mismo[561]. Lo cierto es que bien se vea la muerte como un estímulo que le concede sentido a la propia existencia o como un límite fatal que marcará nuestro fin, indudablemente configura uno de los hechos más importantes y enigmáticos para el ser humano. La muerte es un hecho natural y universal, porque ningún ser humano se escapa de la misma; entre nuestra muerte y la de los demás, sólo nos separa una ligera línea temporal. Sentir lástima por la muerte ajena, de alguna manera es sentirla por la propia, porque ésta inevitablemente nos llegará a todos y cada uno de nosotros, sin que el afectado tenga la oportunidad de compadecerse a sí mismo una vez que acontezca.

Comenta Comesaña que "Como el hecho del nacimiento, el de la muerte es una de esas realidades que constantemente nos ciernen y nos conciernen. Pero si el primero, que marca nuestra incursión en el mundo, goza por lo general de nuestra aceptación satisfecha, en el sentido de que prácticamente a nadie le molesta haber nacido...la muerte nos angustia y nos produce toda clase de rechazos y de huidas encubridoras, pues prácticamente nadie quiere marcharse de este mundo, sobre todo si aún goza de sus plenas facultades o aún no ha sentido esa mordedura del dolor que hace clamar incluso por la muerte, con tal de no sufrirlo más".[562]

La muerte, para muchos representa un misterio pues no se puede siquiera predecir el destino cierto del ser en su parte espiritual cuando la misma acontece. "La muerte, es el único fenómeno cuya descripción no puede hacerla el sujeto que la experimenta, pues en ese momento ya es cadáver"[563]. Desde una perspectiva filosófica se ha indicado que la persona humana es el fruto de la unión sustancial de materia o cuerpo y espíritu, es decir, no se concibe aquella sin la coexistencia de ambos elementos[564]. La destrucción de tal unión, a saber, la disociación entre cuerpo y el alma del ser humano tiene lugar precisamente en razón de la

[561] Tornos, Andrés: *Sobre la antropología de la muerte*. En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, p. 37.
[562] Comesaña Santalices, *Ob. Cit.,* p. 114.
[563] Schmidt, *La muerte...*, p. 340.
[564] Bravo Casas, *Ob. Cit.,* p. 24.

muerte[565]. Y se indica que desde el punto de visto de la filosofía no ha sido la natalidad sino la muerte, uno de los hechos que más han ocupado a los pensadores[566].

Por su parte, el Derecho es ajeno a la discusión metafísica del destino del alma o del hombre después de la muerte, porque la condición de persona o sujeto de derecho se pierde con ésta[567]. De allí que, sea cual fuere nuestra forma de percibir la muerte, el orden jurídico de una manera característica y lejana a disquisiciones filosóficas o religiosas, le concede importantes efectos a dicho acontecimiento. Y es así como el Derecho interviene para regir la suerte de las relaciones o situaciones jurídicas que giran en torno a quien fuera persona.

El Derecho, sea que lo contemple expresamente en las normas que destine a ese respecto o aun cuando lo silencie omitiendo su tratamiento, no puede dejar de considerar el momento final de la personalidad y las trascendentes consecuencias que se siguen de ese hecho biológico[568].

La muerte, marca así de temporalidad la personalidad o subjetividad jurídica del ser humano. La persona natural termina su paso por el mundo jurídico al momento de su *muerte*. Es a partir de dicho instante en que cesa la personalidad jurídica del ser humano, y en consecuencia a raíz de ese hecho irreversible el hombre deja de ser sujeto de derecho. Los efectos jurídicos que suceden al inexorable hecho de la muerte, no se apoyan en una personalidad jurídica existente o actual sino que tienen lugar única y exclusivamente en virtud de una personalidad pretérita[569]. La muerte constituye en ese sentido, para el jurista, el fin o la extinción de la personalidad jurídica del sujeto de derecho por excelencia, del ser humano o persona natural.

---

565 *Ibid*., p. 26. Véase igualmente: Ochoa Gómez, *Derechos...,* p. 937, la muerte produce la desunión entre cuerpo y espíritu, espíritu éste denominado alma, que informa al cuerpo humano y constituye con él, la esencia del hombre, causa intrínseca del mismo. Al ocurrir la muerte, ya no puede hablarse de cuerpo humano sino de cadáver.

566 Comesaña Santalices, *Ob. Cit.,* p. 114, agrega la autora que casi nadie se plantea como núcleo de su filosofar la natalidad.

567 Vale insistir sobre la acertadísima frase de Hattenhauer, relativa a que al Derecho solo le interesa el hombre que construye su mundo aquí en la tierra, entre el nacimiento y la muerte (*Ob. Cit.,* p. 16).

568 Morello, Augusto M.: *El fin de la existencia de las personas físicas y la muerte presunta*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, p. 81.

569 Véase *infra* N° III.3.

El ser humano es, por su propia naturaleza, sujeto de derechos y obligaciones; está claro que lo será mientras viva pues sólo la muerte puede privarle de dicha subjetividad jurídica[570]. La muerte significa desde esta perspectiva, para Carrasco Perera la desaparición de la personalidad civil de la persona, o dicho en otro modo, el término final de su capacidad jurídica[571]. En el mismo sentido se pronuncia en el ámbito nacional Schmidt al referir que "desde el derecho la muerte es la cesación de la personalidad jurídica individual"[572]. La muerte elimina la persona humana[573] y extingue la personalidad del individuo. De allí que ciertamente desde un punto de vista jurídico la muerte bien puede definirse como la *extinción o culminación de la personalidad jurídica del ser humano*.

De la misma manera que el nacimiento con vida marca el momento de la iniciación de la personalidad en Derecho[574], hay también un instante cronológico en que ella desaparece jurídicamente; es el de la muerte, después de la cual se tiene por extinguida la personalidad[575]. Así pues, el nacimiento con vida determina el comienzo de la existencia legal del ser humano y su consideración como sujeto de derecho; igualmente, la muerte determina la extinción de tal condición[576].

De allí que la muerte sea un hecho biológico con consecuencias jurídicas[577]. En efecto, la muerte constituye para el Derecho, un hecho jurídico[578] porque la misma es un "hecho" natural del cual se desprenden importantes efectos jurídicos, siendo el principal –según veremos– la culminación de la personalidad jurídica del ser humano[579]. Así como el nacimiento con vida constituye un hecho jurídico, cuyo efecto es la concesión de personalidad jurídica[580], contrariamente el hecho de la

[570] Martínez de Aguirre Aldaz, *Ob. Cit.,* p. 352.
[571] Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 68.
[572] Schmidt, *La muerte*..., p. 340, nota 3 y pp. 354 y 355.
[573] De Cupis, Adriano: *I Diritti della personalitá*. Milano, Dott A Giuffré editore, 1959, IV, T. I, p. 168.
[574] Véase *supra* N° II.2.2.1.
[575] Rojas González, *Ob. Cit.,* p. 70.
[576] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 12.
[577] Véase: Navas de Motta y Motta Navas, *Ob. Cit.,* p. 149.
[578] Véase en este sentido: Ghersi, Carlos Alberto: *Derecho Civil Parte General.* Buenos Aires, Edit. Astrea, 1993, p. 162; Llambías, *Ob. Cit.,* p. 582; Ducci Claro, *Ob. Cit.,* p. 99; Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* p. 209; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 379; Schmidt, *La muerte*..., p. 355.
[579] Véase *infra* N° III.3.1.
[580] Véase *supra* N° I.2.2.1.

muerte tiene el efecto opuesto, esto es, de eliminar la subjetividad jurídica del ser humano.

Algunas legislaciones contienen una norma expresa que consagra la muerte como causa extintiva de la personalidad. Así dispone el artículo 32 Código Civil español: "*La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas*". Regla obvia, que en opinión de Lasarte, *prima facie* no requiere explicación alguna[581]. Igualmente señala el artículo 78 del Código Civil chileno: "*La persona termina en la muerte natural*"[582]. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 103 Código Civil argentino[583], entre otros[584]. Cabe aclarar que el calificativo "*natural*" utilizado por tales códigos, no excluye los casos en que ésta haya sido violenta, como sería el homicidio; muerte natural quiere significar en tal caso cesación de la vida[585].

Por su parte, el Código Civil venezolano, no señala expresamente que con el hecho natural de la muerte se extingue la persona[586], a diferencia de nuestros dos primeros textos sustantivos de 1862[587] y 1867[588] que indicaban: "*La persona termina en la muerte natural*". Sin embargo, la referencia a una norma expresa como en otras legislaciones es innecesaria, pues es una inevitable consecuencia lógica y jurídica que la muerte del ser humano extingue la personalidad de la persona física pues su existencia jurídica se pierde a la par de la vida[589]. Igualmente

---

581 Lasarte, Carlos: *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, T. I, p. 184.

582 Ducci Claro, *Ob. Cit.,* p. 99.

583 Abelenda, *Ob. Cit.,* p. 482; Ghersi, *Ob. Cit.,* p. 163.

584 Véase: *Bolivia*, CC artículo 2°; 1.- *La muerte pone fin a la personalidad,* http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/bolivia/ley11.HTM ; *Costa Rica*, CC artículo 34, La entidad jurídica de la persona física termina con la muerte de ésta (http://www.costaricalaw.com/LEGALNET/civil_law/libro1.php); *El Salvado*r, CC artículo 77 (http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweesa.htm) ; *Nicaragua*, CC artículo 46 (http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwenic.htm)

585 Véase: Abelenda, *Ob. Cit.,* p. 482; Ghersi, *Ob. Cit.,* p. 163.

586 Véase sin embargo, artículo 993 CC que indica que con la muerte se abre la sucesión. Véase también: Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* p. 117.

587 Véase: Código Civil de 1862, Libro Primero "*De las personas*", Lei II, "*Del fin de la existencia de las personas: de la ausencia y la presunción de muerte*", Sección primera, "*De la muerte natural*", artículo 1°.

588 Véase Código Civil de 1867, artículo 283.

589 Véase nuestro comentario en: Domínguez Guillén, *Algunos aspectos...*, p. 227, "No existe una norma que expresamente lo consagre a diferencia de otros ordenamientos jurídicos pero es una circunstancia que se desprende de la lógica, de la naturaleza y del derecho".

sucede respecto del derecho italiano, así Santoro Passareli indica que la persona termina con la muerte, momento final que el Código Civil no indica explícitamente, como el momento inicial, porque se ha considerado obvia la coincidencia del fin de la persona con la muerte[590].

El fin de la persona natural pues coincide con su muerte física[591]. Por ésta, desaparece la persona en cuanto tal, con sus atributos y cualidades[592]; después de la muerte no hay más que un cadáver[593]. De tal suerte, que la protección jurídica del cadáver y la memoria del difunto, según veremos, tienen sentido precisamente en homenaje a una subjetividad pasada[594]. Con la muerte nos convertimos en historia y cruzamos la línea que nos remite a una personalidad pretérita. Después de la misma nuestra personalidad jurídica es sólo una referencia hacia el pasado, pues el hecho biológico y la vez jurídico que representa la muerte tiene el poder de terminar con la existencia jurídica del ser humano.

Por su parte, las personas jurídicas en estricto sentido o entes incorporales, no mueren ni fallecen, se extinguen[595]. Esto porque la expresión "*muerte*" trae implícita una desaparición física o biológica exclusiva de la persona humana o corporal[596]. La "vida" en sentido biológico es inherente al sujeto físico, de allí que los entes incorporales por su propia naturaleza no pierden la vida porque no tienen cuerpo, su existencia es meramente ideal o jurídica, más no corporal sensible.

Siendo la muerte un hecho exclusivo de la persona por excelencia, a saber, de la persona natural, podemos esbozar un concepto netamente jurídico de muerte, pues según referimos ésta es la extinción de la subjetividad jurídica del ser humano[597]. Faltará por precisar según vere-

---

[590] Santoro Passarelli, *Ob. Cit.,* p. 9.
[591] Messineo, *Ob. Cit.,* T. II, p. 106. Véase igualmente: Pugliatti, *Ob. Cit.,* p. 180; Ghersi, *Ob. Cit.,* p. 162.
[592] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 28.
[593] Ripert y Boulanger, *Ob. Cit.,* p. 311.
[594] Véase *infra* N° III.3.4.
[595] Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 68. De allí que en el ámbito nacional Marín Echeverría señale que "la muerte jurídica es una consecuencia de la muerte biológica" (Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* p. 209).
[596] Refiere Tornos que la muerte humana no es una muerte biológica como cualquier otra, no es una cesación del ser como la de una planta o un animal, sino que es un hecho biológico asociado a una específica conciencia del yo con repercusiones sobre la conducta biológica del individuo y la especie. (Tornos, *Ob. Cit.,* p. 41).
[597] Esto se refleja claramente del título y especialmente del sumario de nuestro trabajo, pues la única causa de extinción de la personalidad del ser humano es precisamente, la muerte.

mos[598] acudiendo al auxilio de la ciencia médica y a la normativa especial sobre la materia, en qué momento preciso culmina la vida humana y en consecuencia la existencia jurídica.

La medicina debe luchar contra la muerte prematura no contra la muerte, ya que éste es el destino de los humanos. La muerte no debe verse como un fallo médico o un problema biológico evitable siempre[599]. Y de allí que el artículo 75 del Código de Deontología Médica refiere "...la muerte como elemento normalmente indisociable del proceso vital"[600].

2.2 *FIGURAS CONEXAS*

Es necesario resaltar que la única causa que actualmente en el Derecho venezolano extingue la personalidad jurídica del ser humano es la *muerte*[601]. Sin embargo, en el curso de la historia jurídica existieron otras figuras que tuvieron un efecto similar a ésta y actualmente existen en el orden legal otras instituciones que, si bien pudieran presentar aspectos similares o comunes, no logran tener en el sujeto humano el mismo efecto radicalmente extintivo de la personalidad que presenta la muerte.

En efecto, antiguamente figuras que han desaparecido en la actualidad como la muerte civil o la esclavitud, propiciaban la pérdida de la condición de sujeto de derecho, y actualmente el tema de la ausencia en lo que respecta a la presunción de muerte, se pretende asociar a la pérdida de la personalidad[602]. Así la doctrina ha vinculado al tema que nos ocupa cier-

---

[598] Véase *infra* N° III.2.3.1.

[599] Martínez Montauti, Joaquín: *Fines de la medicina*. En: Estudios de Bioética y Derecho. María Casado (compilador). Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 155.

[600] Señala la norma que el médico que racionalmente la acepta así "*y no ha desarrollando ante la misma temor, resentimiento o rechazo, es competente para ayudar al enfermo hasta el momento postrero de su existencia*".

[601] Véase nuestro comentarios en: Domínguez Guillén, *Algunos aspectos...,* p. 227, "La personalidad del ser humano culmina con la muerte. En el derecho venezolano sólo este hecho jurídico pone fin a la existencia jurídica de la persona".

[602] Refiere José Luis Aguilar Gorrondona que en el derecho vigente la única causa de extinción de la personalidad del ser humano es la muerte, en el sentido biológico de la palabra. No siempre ha sido así, pues mientras existió la esclavitud, el hecho de caer en ella extinguía la personalidad del ser humano; y mientras existió la institución de la muerte civil, la personalidad por lo menos en el ámbito del Derecho Civil, se podía perder como consecuencia de ciertas condenas penales o de ciertos votos religiosos. En cambio, en el derecho vigente ni siquiera existe ninguna declaración o presunción de muerte que se dicte sin estar probada la muerte y que sin embargo extinga la personalidad del individuo. (*Ob. Cit.,* p. 63). En el mismo sentido, comenta Contreras Briceño

tas figuras afines, como la antigua muerte civil y la actual presunción de muerte[603]. Vamos a referirnos brevemente a cada una de ellas.

2.2.1 *La muerte civil*

Aun cuando ha desaparecido en el derecho moderno, antiguamente existió la institución de la *muerte civil*, en virtud de la cual por efecto de ciertas penas el ser humano, aun cuando vivo biológicamente, se consideraba "muerto" o inexistente para el Derecho. Así aun cuando el hombre continuara teniendo vida desde el punto de vista *natural*[604] o biológico se tenía como fenecido para el orden civil porque su conducta lo hacía merecedor de tan radical sanción.

"Hubo una época en que al lado de la muerte real, existía la denominada muerte civil. Consistía la muerte civil en la extinción de la personalidad del ser humano antes de la muerte real; en consecuencia, muerto civilmente era quien, a pesar de estar vivo, se la consideraba muerto para la vida jurídica"[605].

Denizart Gilbert refería que la muerte civil era el estado del hombre separado de la sociedad civil y que no podía contratar con ella. Ese horrible concepto de que un hombre lleno de vida se reputase muerto, no repugnaba. Boulay dijo: "cuando un individuo ha cometido crímenes de tal gravedad que ha disuelto hasta donde ha podido el cuerpo social, debe ser separado de él para siempre". El afectado perdía su existencia jurídica[606]. Tenía lugar en razón de un delito grave quedando los afecta-

---

que así como el comienzo de la personalidad del ser humano parte del nacimiento vivo de la criatura, la personalidad del hombre se acaba con la muerte y sólo con la muerte. Ningún otro hecho puede hacer perder por completo la personalidad jurídica, ni siquiera la condenación a presidio, ya que nuestro derecho no conoce el instituto de la muerte civil. (*Ob. Cit.,* p. 117). Véase también: Zerpa, *Ob. Cit.,* p. 25.

[603] Véase: Borda Medina, María Paulina y José Ernesto Borda Medina: *Consideraciones Acerca de la Persona en Estado de Coma*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1991, pp. 70-74. Los autores se refieren a *situaciones afines con la muerte y citan la presunción de muerte y la muerte civil. La muerte por presunción* es aplicable en los casos de ausencia y pretende proteger intereses del ausente y de terceros. Se basa en el desaparecimiento y su existencia incierta (*ibid*., pp. 70-72). La *muerte civil* correspondía a una ficción legal por la cual un hombre vivo era considerado muerto por profesión religiosa o condena penal (*ibid*., pp. 73 y 74).

[604] La expresión "muerte natural" se utilizaba por oposición a la muerte civil. Véase: Blanco, Luis Guillermo: *Muerte digna. Consideraciones bioético-jurídicas*. Buenos Aires, edit. Ad-hoc S.R.l., 1997, pp. 15 y 16.

[605] Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Ob. Cit.,* p. 324.

[606] Laurent, *Ob. Cit.,* pp. 568-571.

dos con una sanción equivalente a la muerte pues se abría la sucesión y se extinguía el matrimonio[607].

La muerte civil era en su esencia un castigo terrible, que tenía por fin la represión del delito; suponía que el hombre había dejado de existir para el derecho, que estaba muerto en cuanto a la honra y la nobleza de este mundo según indicaban las partidas[608]. El Código de Napoleón consagraba sus consecuencias en el artículo 25[609] hasta que la Ley del 31 de mayo

---

[607] Véase: Llambías, *Ob. Cit.,* pp. 585 y 586. El muerto civil era reputado fallecido para todos los efectos civiles (*ibid*., p. 585). Véase en el mismo sentido: Ghersi, *Ob. Cit.,* p. 163.

[608] Aramburo, Mariano. *La Capacidad Civil* (*Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del derecho, la historia de la legislación y el derecho vigente en España).* Madrid, edit. Reus S.A., 1931, p. 214.

[609] Dicha norma en su idioma original dispone: "Par la mort civile, le condamné ped la propiété de tous les biens qu'il possédait; sa sucesión est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont devolus, de la meme manière que s'il était mort naturellement et sans testament.
Il ne peut plus ni recuerillir aucune sucesión, ni transmettre, á ce titre, les biens qu'il a caquis par la suite.
Il ne peut ni disponer de ses biens, en tout ou en partie, sois par donation entre-vifs, sois par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n' est pour cause d'alimens.
Il ne peut étre nommé tutear, ni concorir aux opérations relatives à la tutelle.
Il ne peut étre témoin dans un acte solennel ou authentique, ni étre admis à porter témoignage en justice.
Il ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en demandant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé parle tribunal où l'action est portée.
Il es incasable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil.
Le mariage qu'il abatí contracté précédemment, est dissous, quant à tous des effets civils.
Son époux et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture".
Se aprecia así que el afectado por la muerte civil perdía la propiedad de los bienes y se abría la sucesión de la misma manera que si hubiese operado la muerte natural sin testamento; no podía concurrir en sucesión alguna, no podía recibir bienes por actos entre vivos o mortis causa (por donación o testamento), no podía concurrir a cargos tutelares, no podía acudir a juicio sino a través de curador, no podía contraer matrimonio y el que hubiese contraído quedaba disuelto perdiendo los derechos respecto de éste.
Véase al respecto: Planiol, Marcel y Georges Ripert: *Derecho Civil.* México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996. Trad. Leonel Pereznieto Castro, p. 63, entre sus efectos vale citar: 1.- Apertura de la sucesión, por una severidad complementaria se anulaba su testamento anterior aunque se hubiera hecho durante su capacidad, de manera que siempre se trataba de una sucesión *ab intestato*; 2.- Disolución del matrimonio, su cónyuge se consideraba viudo y podía contraer nuevo matrimonio, si se continuaba viviendo de hecho con el muerto civil, había concubinato y no matrimonio y los hijos de tal unión eran considerados ilegítimos; 3.- Pérdida de los derechos cívicos y políticos , el muerto civil no podía ser elegido elector, candidato, funcionario, jurado, testigo, perito, etc. 4.- Pérdida de los derechos civiles; En esta materia tuvo que detenerse la asimilación a un muerto. Perdía los derechos de contraer matrimonio, de comparecer en juicio, la patria potestad, de ser tutor, de hacer o recibir liberalidades, ya sea por donación o por legado; de heredar y de disponer de sus bienes por testamento. Sólo conservaba el derecho de celebrar contratos a título oneroso, lo que permitía al muerto civil ganar dinero trabajando, comprar, vender, ser acreedor o deudor. Pero en caso de juicio solo podía defender sus intereses mediante un curador especial, nombrado por el tribunal, y cuando moría, los bienes que hubiera adquirido durante su muerte civil, correspondían al Estado como bienes pertenecientes a una sucesión vacante. Véase igualmente: Bonnecase, Julien: *Tratado Elemental de Derecho Civil.* México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo, pp. 103 y 104.

de 1854 abolió la muerte civil[610]. El ordenamiento venezolano no conoció la figura de la muerte civil, tal vez por razones temporales o cronológicas relativas a las fuentes de inspiración de nuestro primer Código Civil,[611] pero su referencia resulta interesante considerando que nos ubicamos dentro del sistema romano-francés. Desaparecida del Derecho Romano la institución de la muerte civil y que llegó hasta el mismo Código de Napoleón y suprimida posteriormente, no queda más que la muerte natural como causa extintiva de la personalidad jurídica[612].

Tal figura, con el transcurso de los años felizmente se ha perdido en el tiempo y ha sido eliminada del orden jurídico por afectar la dignidad de la persona[613]. Hoy en día todo ser humano tiene personalidad y la noción de "dignidad" impregnada a éste al margen de su actuación hace imposible en el estado actual de nuestro derecho, que se le prive a alguien de su personalidad jurídica por más aberrante que haya sido su conducta.

Al efecto, indica expresamente el Código Civil de Nicaragua en su artículo 46: "*Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas.* ***La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso****, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas*"[614].

De allí que, las distintas legislaciones ante la imposibilidad de cercenar la personalidad del hombre por sus delitos, optan por restringir su capacidad negocial, como una sanción paralela a la privación de su libertad[615]. En efecto, actualmente no es posible privar a ningún ser humano de su personalidad y la muerte civil ha sido sustituida por la interdicción

---

[610] Bonnecase, *Ob. Cit.,* p. 104.

[611] Recordemos que nuestro primer Código Civil data de 1862, y se inspiró a su vez en el Código Civil de Andrés Bello para Chile de 1855 (vigente a partir de 1857) y en el Código Napoleón de 1804. Sin embargo, para la fecha de nuestro primer Código Civil ya se había eliminado la institución de la muerte civil del Código Napoleón mediante la citada ley de 1854, es decir, con anterioridad a la vigencia del primer texto sustantivo.

[612] Castan Tobeñas, *Ob. Cit.,* Tomo I, Vol. II, p. 115. Véase igualmente: Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 53.

[613] Véase al efecto: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *Ob. Cit.,* p. 352, refiere que el ordenamiento español desconoce cualesquiera otras causas de privación de la personalidad jurídica, que deben ser consideradas como contrarias a la dignidad humana consagrada en los artículos 10 y concordantes de la Constitución. Por lo que no existen ninguna de las causas que históricamente provocaban la pérdida de la subjetividad jurídica por parte de una persona, como era el caso de: atimia, *capitis deminutio máxima,* muerte civil, esclavitud, etc.

[614] Véase: http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwenic.htm. Destacado nuestro.

[615] Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 353.

legal en el supuesto de delitos graves que impliquen condena a presidio, tal como se evidencia del artículo 23 del Código Penal venezolano[616]. El condenado a presidio –como una sanción accesoria– de derecho o *ipso iure,* pierde su capacidad negocial en el ámbito patrimonial por acto entre vivos[617]. La interdicción legal se traduce en esencia como una reminiscencia de la institución de la muerte civil[618], como una suerte de *deminutio capitis* que sustituye a esta última[619]. Recientemente, el Proyecto de Código Penal ha considerado la eliminación de la pena de *presidio*[620] y por ende la interdicción legal como sanción accesoria, al igual que ha acontecido en otras legislaciones[621]. Tal eliminación a nuestro parecer ciertamente se presentaría como positiva pues la interdicción

[616] Dicho artículo dispone: "*La interdicción civil por causa criminal no podrá imponerse como pena principal, sino únicamente como accesoria a la de presidio. Sus efectos son privar al reo de la disposición de sus bienes por actos entre vivos y de la administración de los mismos, de la patria potestad y de la autoridad marital. A la administración de los bienes del entredicho se proveerá conforme lo dispone el Código Civil respecto a los que se hallen en interdicción*".

[617] Véase sobre la interdicción legal: Domínguez Guillén, *Ensayos*..., pp. 350-360. Se concluye que el condenado a presidio sí puede realizar negocios jurídicos de carácter personal (matrimonio, reconocimiento filiatorio) y puede testar pues la prohibición afecta los actos entre vivos; así mismo tendrá capacidad procesal pues la sanción indicada abarca el sector negocial patrimonial por acto entre vivos.

[618] Véase: Bonnecase, *Ob. Cit.,* p. 200, indica respecto al derecho francés que la Ley del 31 de mayo de 1854, al suprimir la muerte civil extendió el dominio de aplicación de la interdicción legal; Ripert y Boulanger, *Ob. Cit.,* p. 311, la muerte civil fue reemplazada por una incapacidad de disponer; Domínguez Guillén, *Ensayos*..., p. 353.

[619] Véase Schizzerotto, Gianni: *Interdizione e inabilitazione. Nella giurisprudenza*. Padova, edizioni Cedan, 1972. (Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata. Dietta dal prof. Mario Rotondi, dell' Universitá di Milano, N° 23), pp. 32 y 33.

[620] Véase al efecto: *Proyecto Código Penal*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, p. 130, artículo 73: "Penas privativas de libertad. Las penas privativas de libertad son las siguientes: 1.- La prisión. 2.- El arresto". Según se aprecia del Proyecto se eliminó la pena de presidio. Agrega la Exposición de Motivos: "Las penas y sus clases han constituido un avance de actualización, toda vez que el anteproyecto proporciona una moderna clasificación de las penas al eliminar una absurda diferencia teórica entre la pena de presidio y la de prisión y se establece la pena de prisión para los delitos y la de arresto para las faltas; quedan eliminadas la relegación a la colonia penitenciaria y otras formas anacrónicas de sanción penal" (*ibid*., p. 68) (También en: http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/anteproyecto2.html).

[621] Legislaciones como la española han eliminado la interdicción civil, véase: Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 115; Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 54, en el derecho español en materia penal como pena accesoria había sido previamente suprimida por la Ley Orgánica de 25 de julio de 1983 por lo que la reforma del Código Civil del 24 de octubre de 1983 excluyó la interdicción civil como causa de incapacidad.

legal resulta actualmente poco efectiva y su funcionamiento se presenta al menos dudoso[622].

De tal suerte que aun cuando nuestro ordenamiento jurídico nunca conoció la figura de la muerte civil, actualmente se presenta en nuestra legislación, una reminiscencia de dicha institución, a través, la interdicción legal. El sentido de "castigo" de ambas instituciones es evidente, pues la interdicción legal por condena penal a presidio constituye el único de los regímenes de incapaces que tiene carácter sancionatorio y no de protección[623].

2.2.2 *La presunción de muerte*

En la actualidad existe la figura o el régimen de la "*ausencia*", que se presenta ante la incertidumbre en torno a la existencia de una persona natural[624], porque no se tenga la certeza de su muerte[625]. La ausencia tiene lugar cuando se duda si el ser humano ha fallecido o contraria-

---

[622] Véase también nuestro comentario en: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 353, nota 17, Algunos autores dudan de la efectividad de tal medida, por lo menos en el caso venezolano pareciera ser suficiente castigo el sometimiento al régimen penitenciario, de manera que la privación de la capacidad negocial más bien pudiera presentarse como inoperante y poco práctica en caso de que el condenado a presidio necesite realizar un negocio jurídico. Véase: *ibid*., p. 359, nota 36, además de inoperante pudiera afectar los derechos de la persona si el Estado no es capaz de garantizar el funcionamiento de la institución.

[623] Véase: *ibid*., pp. 350-353.

[624] Véase artículo 418 del Código Civil: "*La persona que ha desaparecido de su último domicilio o de su última residencia, y de quien no se tengan noticias, se presume ausente*".

[625] Véase sobre el tema: Morello, *El fin...*, pp. 81-104. Véase también sobre el tema de la ausencia: Serrano y Serrano, Ignacio: *La Ausencia en el Derecho Español*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943; Morillo, Augusto M: *Declaración de ausencia y fallecimiento presunto. (Ley 14.394)*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962; Borrero Vanegas, María Fernanda: *Declaración de ausencia y muerte por desaparecimiento*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 1987; Álvarez Gutiérrez, Fernando: *La presunción de muerte por desaparecimiento.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, 1967; Giorgianni, Michele: *La dichliarazione di morte presunta*. Milano, Dott. A. Giuffré editore, 1943, XXI. R. Universitá di Catania. Pubiblicazioni della Facolta di giurisprudenza; Gravina, Orlando: *La Ausencia*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo. Caracas, Tipografía Vargas, 1970-1972, N° 43-45, pp. 107-110; Parra Aranguren, Gonzalo: *La existencia y desaparición de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 69. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1988, pp. 7-57; Corral Talciani, Hernán: *Ausencia y muerte presunta. Un intento de explicación sistemática del régimen jurídico de la incertidumbre sobre la existencia de las personas naturales*. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 1, enero-marzo 1998, Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho, pp. 9-26; Ogáyar y Ayllón, Tomás: *La ausencia en el Derecho sustantivo y adjetivo*. Madrid, edit. Reus, 1936.

mente continúa con vida[626]. La institución tiende a proveer al destino de los bienes y relaciones del ausente[627].

Algunos señalan que la institución de la ausencia no se apreció en el derecho romano[628], y suele asociarse históricamente a las situaciones de incertidumbre acerca del paradero de las personas vinculadas a las guerras[629]. Refiere La Roche que es quizás en Francia, donde aparecen normas pertinentes a la institución de la ausencia, con sucesivas reglamentaciones hasta la promulgación del Código Napoleón, que son el resultado de constantes accidentes y sucesos (derrumbes, inundaciones explosiones, guerras, etc.). Así, la desaparición de las personas sin posibilidad de encontrar los cadáveres impedía levantar las correspondientes partidas de defunción. De allí se extendió al resto de Europa y a nuestro Continente[630]. La institución de la ausencia se aprecia en nuestro ordenamiento sustantivo desde nuestro primer Código Civil de 1862[631] y se mantiene sustancialmente en los Códigos siguientes[632]. A partir del Código de 1916[633] se distingue expresamente la "ausencia" de la "no presencia"[634], y posteriormente, el Código Civil de

---

[626] Véase: Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 24-09-04, Exp. 5.574-04, en: http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/350-24-5574-04-83.html "el ausente es la persona cuya existencia no es posible establecer por ningún hecho y cuya muerte no puede ser probada".

[627] Véase: Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. 20-7-06, Exp. 2004-S-3892, en http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/2121-20-3892-.html, El procedimiento relativo al régimen ordinario de la ausencia tiene lugar a fin de proveer sobre el destino de las relaciones patrimoniales y personales del presunto ausente

[628] Véase: Ogáyar y Ayllón, *Ob. Cit.,* p.14. Orgaz, *Ob. Cit.,* que señala que el Derecho Romano no conoció este instituto aunque estableció que los derechos de los prisioneros de guerra cesaban *ipso iure*.

[629] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 144.

[630] La Roche, *Ob. Cit.,* pp. 302 y 302, En cuanto a Venezuela, indica el autor, esta institución fue objeto de mucho debate en el seno de ambas Cámaras Legislativas, y se incorporó al Código de 1942 todo lo relativo a la presunción de muerte por accidente.

[631] Véase: Libro Primero, Título II, Lei II, artículo 3°.

[632] Véase Código Civil de 1867, artículos 263 al 282; Código Civil de 1873, artículos 29 al 55; Código Civil de 1880, artículos 28 al 56; Código Civil de 1896, artículos 28 al 56; Código Civil de 1904, artículos 28 al 56.

[633] Código Civil de 1916, artículos 31 al 59; Código Civil de 1922, artículos 31 al 59; Código Civil de 1942, artículos 417 al 444.

[634] El no presente es la persona natural que aun cuando no se duda de su existencia, no se encuentra en el país en un momento determinado. Su referencia ya se encontraba desde el CC de 1873 (art. 29) aunque dentro "De los ausentes".

1942 incorpora el régimen especial de la presunción de muerte por accidente[635] que tiene lugar en caso de siniestro. La Reforma del Código Civil de 1982 no afectó dicha institución.

El Código Civil venezolano regula el régimen o procedimiento de ausencia en tres etapas que comienzan con la protección de los bienes del presunto ausente, continúa en segundo término con la posesión provisional de los bienes del ausente y desenlaza en la posesión definitiva por parte de los herederos, de los bienes del presunto muerto, tales etapas son tres: 1.- l*a presunción de ausencia*[636]*; 2.- la declaración de ausencia*[637] *y 3.- la presunción de muerte*[638]. Adicionalmente, la presunción de muerte por accidente constituye un régimen especial de la ausencia que tiene lugar en caso de siniestro[639] que abrevia dicho procedimiento en virtud de que aumenta la posibilidad de que el ausente no retorne. Algunos consideran que los efectos de la ausencia son similares a los de la muerte o se refieren a que a raíz de ésta el Derecho presume la muerte de la persona[640], pero en esencia en nuestro ordenamiento la ausencia no se asimila a la muerte.

Si se aprecia con detenimiento los efectos de la última fase del procedimiento de ausencia, a saber, de la presunción de muerte[641], se podrá constatar que estos efectos se traducen básicamente en la posesión definitiva de los bienes del ausente y en la cesación de las garantías correspondientes a los fines de proceder a la partición definitiva y libre disposición de los mismos. Tiene lugar entonces en dicha fase el efecto patrimonial característico de la *sucesión*, a saber, la correspondiente *partición* que se presenta en caso de muerte del causante; pero en modo alguno esto permite asimilar la "muerte" a la "presunción de muerte", pues ésta última deja latente la personalidad y la posibilidad de que el ausente regrese[642]. Inclusive la doctrina ha señalado que ante la inexis-

---

[635] Véase Código Civil de 1942, artículos 438 al 440.
[636] Véase artículos 418 al 420 del Código Civil.
[637] Véase artículos 421 al 433 del Código Civil.
[638] Véase artículos 434 al 437 del Código Civil.
[639] Véase artículos 438 al 440 del Código Civil. Véase también: Binstock, Hanna: *La Presunción de muerte por accidente en la legislación venezolana.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974.
[640] Véase: Ghersi, *Ob. Cit.,* p. 163. ".. Si bien el punto culminante de la existencia del individuo es la comprobación de su muerte, en determinadas circunstancias el derecho, sobre la base de su poder de abstracción y teniendo en cuenta la seguridad jurídica y el tráfico de bienes y servicios, presume la muerte del ser humano"
[641] Véase artículos 434 y 435 del Código Civil.
[642] Véase artículo 436 del Código Civil.

tencia de norma expresa que resuelva la situación, debe concluirse que el vínculo matrimonial del ausente se mantiene vigente[643]. Respecto de la patria potestad de la que sea titular el ausente, tiene lugar una causa de exclusión absoluta del ejercicio. La muerte por su parte no funciona como una causa de exclusión de la patria potestad sino de extinción de la misma[644]. La mera ausencia, en principio salvo estipulación contraria de las partes no hace exigible el seguro de vida[645].

De lo que debe concluirse que la ausencia a diferencia de la muerte, no extingue la personalidad ni las relaciones personales del ausente[646], aun cuando sus efectos patrimoniales sean similares. Pero según veremos la sucesión no es el único efecto que se deriva de la muerte pues también se extinguen las relaciones personales o extrapatrimoniales[647], lo que ciertamente no acontece en el caso bajo análisis. Lo anterior permite sin lugar a dudas concluir que la única circunstancia que extingue la personalidad en derecho venezolano, bajo el esquema actual de nuestra legislación, es la muerte, y no así la presunción de muerte.

---

[643] Ello no obstante, a pesar que la doctrina ha indicado que en caso de que el cónyuge del ausente contraiga nuevo matrimonio, este no podría impugnarse por existencia de vínculo anterior hasta que aparezca el ausente. (Véase Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 436). Véase igualmente artículo 122 del Código Civil: "*...el matrimonio contraído por el cónyuge de un presunto o declarado ausente, no puede atacarse mientras dure la ausencia*". Creemos que sería recomendable en una futura reforma consagrar la declaración de ausencia como causal de divorcio tal como lo consideró el Proyecto de Código Civil de 1931, a los fines de permitirle al cónyuge del ausente la posibilidad de solventar la situación sin extinguir automáticamente el vínculo matrimonial. Por su parte, el Anteproyecto de Ley sobre la Igualdad Jurídica de las Personas en cuanto al matrimonio y a la familia de 1975 así como el proyecto de Ley que regula el matrimonio y su disolución de 1979 en su artículos 189 y 163 respectivamente señalaban que todo matrimonio válido se disuelve por la muerte o la declaración judicial de muerte presunta. (Véase Obra *Código Civil anotado y concordado*, Artículos 184-185-A, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, 1998, p. 62).

[644] Para precisar la diferencia entre exclusión y extinción de la patria potestad, véase: Domínguez Guillén, *Ensayos*..., pp. 102-126. Sobre la muerte como causa de extinción, véase artículo 356, letra c de la LOPNA; sobre la ausencia como causa de exclusión, véase: artículo 262 del Código Civil.

[645] Véase artículo 585 del Código de Comercio: "*La mera ausencia y desaparición de la persona cuya vida haya sido asegurada, no hacen exigible la cantidad fijada, a no ser que los interesados estipulen otra cosa. Pero si los herederos presuntos del desaparecido obtuvieren la posesión definitiva, podrá exigirse el pago de la cantidad asegurada, bajo la caución de restituirla si el ausente apareciere*".

[646] Las relaciones personales del ausente quedan por su parte en una suerte de suspenso.

[647] Véase *infra* N° III.3.3.

Nieto Blanc hace referencia a que en Argentina, el fin de la existencia del ser humano tiene lugar por dos maneras: muerte física y muerte presunta[648]. No ocurre lo mismo respecto del ordenamiento venezolano, por lo que podemos hacer respecto de nuestro sistema de derecho, la misma consideración que hace Pugliatti en torno a la legislación italiana que no admite la presunción de muerte, ni la declaración judicial adoptada por el sistema alemán como causa de extinción de la personalidad[649]. Igualmente en el derecho español el fallecimiento es la única causa de extinción de la personalidad de las personas físicas[650]. En Venezuela, según indicamos, la presunción de muerte no extingue la personalidad jurídica del ser humano pues deja latente la posibilidad de que el ausente regrese y sus relaciones personales tales como el matrimonio y la patria potestad no se extinguen. De tal suerte que aun cuando los efectos patrimoniales de la última fase de la ausencia sean análogos a los de la muerte[651], en modo alguno la incertidumbre sobre la existencia que se desprende de dicho régimen especial se configura actualmente como una causa de extinción de la personalidad.

No debemos confundir la muerte, que es la única forma de extinción de la personalidad en nuestro derecho con otras situaciones afines de las cuales no se derivan los mismos efectos. Algunos autores aluden a ciertas figuras que pueden afectar la vida o la existencia[652] pero ciertamente ello constituye una materia distinta a la que nos ocupa.

---

[648] Nieto Blanc y otros: *Curso de Derecho Civil*. Argentina, Ediciones Macchi, 1989, Parte Primera, p. 103.

[649] Pugliatti, *Ob. Cit.,* p. 180.

[650] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *Ob. Cit.,* p. 352; Marín Pérez, *Ob. Cit.,* p. 77; Albaladejo, *Ob. Cit.,* p. 220.

[651] La declaración de la presunción de muerte, produce efectos patrimoniales similares a la muerte pues el efecto de sucesión y partición tiene lugar a través de la posesión definitiva de los bienes del ausente (artículo 435 CC), pero contrariamente las relaciones personales del ausente no se extinguen, sino que permanecen latentes por si el ausente regresa. Los bienes los tomará en caso de retorno en el estado en que se encuentren de conformidad con el artículo 436 *eiusdem*.

[652] Véase: Garces Holguin, Julian Alberto y Juan David Pérez Gaviria: *La Suspensión Artificial de la Vida y el Derecho*. Bogotá, Potificia Universidad Javeriana, 1972, refieren como supuestos de suspensión artificial de la vida: ciertas enfermedades, la ausencia, programas espaciales. Estudian los autores un radio distinto al que desarrollaremos en este tema.

2.3 *NOCIÓN MÉDICA*

2.3.1 *La muerte clínica y la muerte cerebral*

Si definimos la muerte como la extinción de la personalidad jurídica[653], subsiste aun la problemática relativa a la determinación del momento exacto en que tiene lugar la misma. Precisar en qué instante acaece para el Derecho la pérdida de la subjetividad jurídica supone acercarse al concepto médico de muerte.

El concepto legal de muerte debería partir de los conocimientos actuales de la medicina sobre la materia[654], pues la muerte no es propiamente una noción jurídica[655]. La muerte es un atributo intrínseco de la materia viviente porque las partes del organismo que mantienen el estado de equilibrio están sujetas a la rotura o al desgaste[656].

La muerte es, desde un punto de vista básico, la cesación de la vida[657]. Muere un ser vivo cuando el organismo deja de funcionar en cuanto tal

---

[653] Véase *supra* N° III.2.1.

[654] Véase: Arteaga Sánchez, Alberto y otros: *La muerte y la medicina actual*. En: Ética, Política, Derecho y Situaciones de muerte. Caracas, ediciones del Rectorado, Alfredo Castillo Valery y Xavier Mugarra Torca ediciones, 1991, pp. 257-259. Véase también: Romeo Casabona, Carlos María: *Los Trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1978, p. 62. Véase igualmente: Kummerow, Gert: *Perfiles Jurídicos de los Trasplantes en Seres Humanos*. Mérida, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Jurisprudencia, Colección Justitia et Jus, Sección Investigaciones N° 4, 1969, p. 62, señala que "la determinación de la realidad de la muerte es una tarea confiada a la ciencia médica, exorbitante de cualquier barrera normativa". Véase también sobre la tanatología que estudia todas las cuestiones relacionadas con la muerte y el cadáver: Rojas, *Ob. Cit.,* p. 125; Simonin, *Ob. Cit.,* p. 719; Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* p. 105.

[655] Martínez de Aguirre Aldaz y otros, *Ob. Cit.,* p. 352.

[656] Angiola, Silvia: *La muerte y los límites de la medicina*. En: http://www.monografias.com/trabajos3/muertemed/muertemed.shtml

[657] Véase: Diccionario Médico Ilustrado de Melloni. España, edit. Reverté S.A., 1983, p. 339; Antequera Parilli, Ricardo: *El Derecho, Los Trasplantes y las Transfusiones (Con especial referencia a la legislación venezolana)*. Barquisimeto, ediciones UCOLA, 1980, p. 120; Giugni, *Ob. Cit.,* p. 688; Bravo Casas, *Ob. Cit.,* p. 18, define la muerte como la extinción de la vida fisiológica. Véase también: Aguiar-Guevara, Rafael: *Tratado de Derecho Médico*. Caracas, LEGIS, 2001, p. 591, la muerte es la ausencia de vida en un organismo que antes la tenía. Morello, *El fin...*, p. 82, la definición de muerte se halla subordinada a la resistencia del propio sujeto en la que alojan con –independencia– de algo de vida, que no es la plena aunque, ontológicamente, continúa siendo tal. Así, la determinación o fijación del cese de la vida, parece coincidir con una caracterización biológica absoluta, indubitable y a veces las condiciones clínicas no precisan cuál es el instante en que coinciden la suspensión total de las funciones y la muerte absoluta ha ganado la partida, a la luz de las técnicas de reanimación y en los claroscuros de los trasplantes. De allí que parezca prudente en este estado de la arrolladora evolución de las ciencias biológicas en los niveles diversos con que describe ese proceso (muerte cerebral o encefálica, cese de la actividad cardiaca o respiratoria, la rigidez cadavérica, extinción del sistema nervioso central, etc.) condicionar la rotundidad del concepto.

irreversiblemente[658]. Caracterizándose la muerte por un *proceso* irreversible, el momento de la misma habrá de determinarse en función de esa peculiaridad, es decir, cuando se produzca la lesión irreversible e irrecuperable de alguna función vital del cuerpo humano[659]. Algunos diferencian entre el "morir" y la "muerte" señalando que el primero es un proceso y la última un estado que se alcanza cuando ha finalizado el proceso de morir. Y así cuando se habla del "momento de la muerte" que puede ser difícilmente precisable, lo que ha culminado es el *proceso* de morir[660]. Se llega inclusive a definir la "agonía" como el período precedente a la muerte y que se manifiesta en ciertos signos médicos[661]. Corresponde a la medicina legal el estudio de los signos y medios para determinar la muerte de una persona[662].

Recientemente emerge la necesidad de replantearse explicaciones que en lo que concierne al tránsito de la vida a la muerte; la relectura de fronteras más elásticas y relativizadas, en la compañía de las conquistas científicas y adelantos de las técnicas, que genera un conjunto afinamiento de lo que ha de reputarse –para el Derecho– la muerte[663].

Por "muerte" se había entendido la cesación definitiva de las funciones vitales, incluyendo presión arterial, pulso o latido cardíaco y respira-

[658] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 28.
[659] Romeo Casabona, *Los Trasplantes...*, pp. 62 y 63 (Destacado nuestro). La muerte en efecto es un *proceso,* pues el deceso no es un instante sino que responde a un proceso que comienza en los centros cerebrales y cardíacos y que se extiende progresivamente a todos los órganos y tejidos; la primera fase se denomina muerte funcional y la segunda suele llamarse muerte tisular, ésta última se evidencia horas después del fallecimiento. (Antequera Parilli, *Ob. Cit.,* p. 123; Giugni, *Ob. Cit.,* p. 688; Navas de Motta y Motta Navas, *Ob. Cit.,* p. 149). Véase también respecto de la muerte como proceso: Escobar Triana, Jaime: *El morir como ejercicio final del derecho a una vida*. Colección Bios y Ethos. Bogotá, Ediciones El Bosque, 2ª edic, 2000, pp. 53 y 54.
[660] Gafo, *Ob. Cit.,* pp. 330 y 331. Véase también, Blanco, *Ob. Cit.,* pp. 21 y 22, el autor distingue la "muerte" el cual es un evento límite que pone fin a un organismo, al proceso de "morir" porque éste alude al conjunto de procesos fisiopatológicos que ocurren en el organismo antes de la muerte. Con posterioridad a la muerte, lo que tiene lugar es un proceso físico-químico de desintegración orgánica; Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* p. 107, la muerte es un proceso que no consiste en la pérdida total y repentina de la vida sino en un fenómeno progresivo; Aguiar-Guevara, *Ob. Cit.,* p. 591, la muerte definida en función de la vida no se presenta como un paro total e instantáneo de ésta sino como un proceso gradual.
[661] Véase: Martín Corona, *Ob. Cit.,* p. 111, se manifiesta en la expresión del rostro, en una disminución del psiquismo, esto es de las funciones cerebrales, se aprecia en los signos cardiovasculares, neurológicos, respiratorios e hipotermia. Véase también: Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* p. 111, es un estado previo a la muerte, que se caracteriza por una disminución de los signos vitales, un estado de excitación de la persona, con respiración ruidosa. Es la transición entre la vida y la muerte; su tiempo de duración es variable.
[662] Véase: Vargas Alvarado, *Ob. Cit.,* pp. 89-96.
[663] Morello, *El fin...*, p. 81.

ción[664]. Y en este sentido se pronuncia la generalidad de la doctrina nacional[665]. Sin embargo, la posibilidad médica de dejar subsistente en algunos casos las funciones vitales, ha hecho reconsiderar el concepto tradicional de muerte por cuanto es posible que dichas funciones vitales sean preservadas artificialmente a pesar de haber cesado en forma definitiva la actividad cerebral del sujeto[666].

Tradicionalmente la muerte era considerada como la cesación de la respiración y de la función cardíaca pero con el devenir de la ciencia médica se cayó en cuenta que era posible mantener por medios artificiales las funciones vitales de la persona a pesar que ésta había fallecido porque el cerebro había dejado de funcionar en una forma definitiva e irreversible. Así, con el transcurso de los años y el avance de la ciencia médica se ha asociado la culminación de la vida más bien con la cesación de la actividad cerebral en forma irreversible, que ha sido denominada muerte cerebral[667]. Los progresos de la ciencia médica, las nuevas

---

[664] Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurología Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05).
[665] Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 63; Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* pp. 207-209; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 379; La Roche, *Ob. Cit.,* p. 58, es la cesación biológica de la existencia. Véase igualmente: Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* p. 117; agrega que será un problema médico-legal precisar cuáles son esas funciones vitales, por ejemplo, si se trata del cerebro o del corazón. No obstante agrega Aguilar que si bien la muerte implica la cesación de las funciones vitales, igualmente se da en los casos que subsistan ciertas funciones vitales de partes del cuerpo. Véase refiriendo la distinción que trae la Ley sobre Trasplantes de Organos entre muerte clínica y muerte cerebral: Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* pp. 101-103. Véase también cierto sector de la doctrina extranjera: Carbonnier señala que desde el punto de vista biológico la muerte implica la interrupción de la circulación los movimientos respiratorios (Carbonnier, *Ob. Cit.,* p. 223). Javier Bichart, fue de los primeros en definir la muerte como la detención funcional del sistema nervioso, de la circulación, de la respiración y de la temperatura corporal. (Bravo Casas, *Ob. Cit.,* p. 28). Véase también: Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 28.
[666] Véase: Blanco, *Ob. Cit.,* p. 17, con el advenimiento de las técnicas que permiten conservar las funciones vitales artificialmente, en particular la respiración mecánica, con lo que dichas funciones pueden mantenerse por un tiempo indefinido, aunque la corteza cerebral este destruida, lo que dificultó el concepto de muerte y a la par del éxito de los trasplantes de órganos se abrió paso al concepto de muerte cerebral.
[667] "Nada establece el Código Civil con relación al instante en que se estima muerta una persona, por lo que ha de entenderse que remite tal momento al que señale la ciencia médica; en ésta, durante mucho tiempo, se fijaba la muerte en relación con el cese de actividad del corazón; sin embargo, en la actualidad es la inexistencia de actividad cerebral el criterio determinante del fin de la existencia de la persona". (Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 12). Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Algunos aspectos...,* pp. 228 y 229, "Tradicionalmente se había entendido la muerte como la cesación de las funciones vitales. Sin embargo, modernamente se ha diferenciado tal noción correspondiente a la muerte clínica de la muerte cerebral, que supone el cese de la actividad cerebral en forma irreversible".

técnicas de reanimación artificial y la posibilidad de efectuar trasplantes de órganos cadavéricos, determinaron el replanteo del concepto médico- jurídico de la muerte[668].

La idea de muerte como cesación de las funciones vitales es desplazada modernamente por la cesación de la actividad cerebral en forma irreversible[669]. La muerte cerebral se define como la situación clínica en el que el cerebro está extensa e irreversiblemente dañado[670], no ha podido mantener la homeostásis externa e interna, no siendo posible recuperación. Es la no recuperación, entendiendo la muerte como proceso; es el cese irreversible de toda actividad nerviosa, es una cadáver con el corazón latiendo[671]. En el presente se estima unánimemente que un deterioro sustancial del cerebro es totalmente irrecuperable, es decir cuando se produce la muerte cerebral está clínicamente muerta una persona, puesto que queda fuera del alcance de la medicina la recuperación de las funciones del cerebro, que son rectoras de otras del organismo, sin las cuales éste

[668] Ghersi, *Ob. Cit.,* p. 169. Véase igualmente: Andorno, *Bioética...*, p. 149; Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 306.

[669] Véase: Figueroa Yánez, *Ob. Cit.,* p. 58; Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 54, tradicionalmente la muerte se había determinado en función del correspondiente dictamen de paralización cardíaco circulatorio. En cambio, hoy en día, en virtud de los avances de la ciencia médica para determinar la muerte, se atiende al funcionamiento del cerebro y del sistema nervioso; y precisamente con base en el dato de la muerte cerebral se permite el trasplante de órganos, de allí que la ciencia médica ha abandonado la concepción primitiva, que consideraba que el fallecimiento correspondía a la cesación de las funciones cardiorrespiratorias, para reemplazarla por la extinción irreversible de las funciones cerebrales; Luna Bisbal, Mauricio: *Trasplantes. Bases para una Legislación*. Bogotá, edit. Temis, 1974, p. 32, refiere que la muerte clínica es la ausencia de funciones vitales pero la pérdida de la función cerebral parece indicar con mayor acierto el advenimiento de la muerte; Bercovitz y Rodriguez-Cano, *Ob. Cit.,* p. 168, la evolución del concepto de muerte afecta el funcionamiento del cerebro; Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* p. 131, el criterio clásico de la muerte se ha alterado en el campo médico, por cuanto lo que determina la muerte es la detención de las funciones cerebrales, ya que los latidos cardíacos pueden mantenerse por un período relativamente largo. Por ello hoy se habla de la muerte cerebral, como expresión de extinción de la persona.

[670] Véase: Verdú Pascual, Fernando: *Regulación de la actividad de extracción y trasplantes de órganos en España,* http://www.sideme.org/doctrina/articulos/art0011a-es.htm , señala que para la muerte encefálica debe haber un coma de etiología conocida y de carácter irreversible, con evidencia de lesión destructiva en el Sistema Nervioso Central.

[671] Véase: Gilsanz, Fernando: *Ley de Trasplantes. Criterios de muerte cerebral.* En: De la Donación al Trasplante; Aspectos Legales, médicos y logísticos. Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1987, p. 29; Gafo, *Ob. Cit.,* p. 326; Bueres, ob. cit. Pp. 162 y 163 (cita a Plum y Posner).

no puede seguir funcionando autónomamente[672]. Por otra parte, la detención cardíaca no es actualmente sinónimo de muerte por cuanto puede darse el caso de muerte aparente[673] puede darse la reanimación y de allí la importancia del cese de la actividad del cerebro[674]. Contrariamente, la muerte cerebral no admite retorno.

El Dictamen Candanchú 1993 de la Sociedad Española de Neurología define la muerte desde un punto de vista médico al señalar que la muerte de un individuo está determinada por el cese total e irreversible de la actividad cerebral. Y agrega la doctrina que al estar el cerebro dañado irreversible y globalmente, el individuo debe considerarse muerto a los efectos médicos y legales[675].

Se distingue así ente ***muerte clínica*** y ***muerte cerebral,*** criterio que adopta en Venezuela la Ley Sobre Trasplantes de Órganos[676]. La muerte clínica constituye la cesación *definitiva* de las funciones vitales en tanto que la muerte cerebral se presenta como la cesación de la función cerebral de manera irreversible[677]. La muerte clínica es el cese total e

[672] Romeo Casabona, *Los Trasplantes...*, p. 63.

[673] Véase sobre la muerte aparente: Rojas, *Ob. Cit.,* p. 128-130; Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* p. 107, se presenta cuando junto a la suspensión respiratoria hay una disminución de los movimientos cardíacos, que no se perciben clínicamente, que incluso pueden detenerse momentáneamente, acompañado de una inmovilidad absoluta. Véase también: Martín Corona, *Ob. Cit.,* p. 109, es el estado patológico del cuerpo humano que presenta una atenuación de las funciones vitales, en grado tal que parecen abolidos los signos vitales.

[674] Bravo Casas, *Ob. Cit.,* p. 35. El autor agrega que en su criterio no puede darse la muerte biológica antes que la cerebral precisamente porque en caso de la primera puede operar la reanimación (*ídem*). Véase igualmente: Luna Bisbal, *Ob. Cit.,* p. 33, refiere que existen casos de la literatura médica en que, aun después de la existencia del encefalograma plano, índice de la llamada muerte clínica, se registraron casos de resucitación tras la reanimación y estímulo del corazón. De ello se concluye que la muerte clínica no implica necesariamente siempre muerte cerebral o real.

[675] Aguirre, Joaquín: *Bioética y Trasplantes*. En: Materiales de Bioética y Derecho. Edición a cargo de María Casado. Barcelona, Cedecs Editorial S.L., 1996, pp. 233 y 234.

[676] G.O. N° 4.497 del 3-12-92. Véase art. 2, Numeral 10) que indica: "*Hay muerte clínica cuando se produce la ausencia de todos los signos vitales o, lo que es lo mismo, la ausencia total de vida*". Inmediatamente la ley se refiere a la muerte cerebral y la forma en que se determina, aun cuando no la define.

[677] La muerte clínica alude al cese de los signos vitales en tanto que la muerte cerebral denota el cese de la función cerebral (opinión del doctor Julio Torrealba Sánchez (MSDS 33.160, consulta 28-12-05). Algunos autores toman la muerte clínica y cerebral como sinónimos y denominan muerte biológica o real a la que nosotros denominamos clínica. Véase Ghersi, *Ob. Cit.,* pp. 169 y 170; Bueres, Alberto J.: *Trasplante de Órganos*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, p. 161.

irreversible de la función respiratoria y cardíaca, de modo tal que se hace imposible su recuperación, mientras que la muerte cerebral tiene lugar cuando el daño al cerebro es irreversible y tan extenso que el órgano ya no dispone de capacidad de recuperación[678], por lo que se define como la pérdida de la función cerebral en forma irreversible[679]. Obsérvese que la cesación de los signos vitales en la muerte clínica debe ser igualmente definitiva o irreversible[680], pues es posible la cesación temporal y posterior reanimación en cuyo caso no existe muerte.

En la evolución de la ciencia médica se llegó al concepto de muerte cerebral porque se diferenció la misma de otros estados cercanos pero diversos, a saber, situaciones donde, si bien podía presentarse un daño cerebral, el mismo era reversible o tenía lugar únicamente respecto de una zona particular del cerebro.

Se habló así del "***coma depasse***, o ***coma sobrepasado***" o más allá del profundo, en que la respiración necesitaba sostenerse artificialmente, a diferencia de otros comas en que la función respiratoria se sostenía espontáneamente. Esta nueva entidad fue investigada ampliamente desde el punto de vista electroencefalográfico y anatopatológico y se volcó la atención hacia la definición de muerte tomando como referencia la ausencia de función del sistema nervioso central sin esperanza de recupe-

---

678 Ghersi, *Ob. Cit.,* pp. 169 y 170. En caso de pérdida de la actividad cerebral no se puede mantener la homeostasis interna del cuerpo, por ejemplo, la función respiratoria normal cardiovascular, el control normal de la temperatura, la función gastrointestinal normal, y así sucesivamente. Aunque por la utilización de medios mecánicos de reanimación (respirador artificial) se puedan preservar los órganos por cierto tiempo, un cuerpo que está cerebralmente muerto, desarrollará en unos cuantos días insuficiencia de la circulación general, y cesar el latido del corazón, según indican Plum y Posner (*ídem*). Véase en el mismo sentido: Aguiar-Guevara, *Ob. Cit.,* p. 590.

679 Véase Borda Medina, *Ob. Cit.,* pp. 50 y 51. Véase igualmente: http://www.trasplante.cl/consultas/con_donaciones.html La muerte cerebral es la pérdida total e irreversible de todas las funciones del cerebro. Entre otras se pierde irreversiblemente la capacidad de respirar y el cuerpo de la persona sólo puede ser mantenido en forma artificial por algunas horas. También se puede definir como "un conjunto de órganos forzados a funcionar pero no integrados en ese todo armónico que es el ser humano" (Rynearson).

680 Observación que hace el doctor José Gregorio Calderón Villegas, MSDS 51.304, al concepto de muerte clínica (consulta realizada el 16-11-05); Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurologia Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05)

ración. La persona en tal caso podrá ser sostenida por un respirador artificial sin que exista una razón ética y médica que las justifique[681].

Se precisó así que la determinación de la muerte debía considerarse en función del cerebro y no del corazón. Sin embargo, se hizo una distinción pues no toda lesión del cerebro constituye la pérdida de la actividad cerebral en forma irreversible, de allí que "hay que distinguir entre la pérdida irreversible de todas las funciones del cerebro y el cuadro clínico en que se presentan lesiones corticales o más o menos extensas, conservando, sin embargo, la función del centro encefálico". Sólo en caso de irreversibilidad total de la función cerebral, aun cuando se preserven la respiración, circulación y funcionamiento del corazón, ha desaparecido la personalidad humana[682]. Se habla así de "muerte cerebral" porque técnicamente ha muerto la persona pues ha dejado de funcionar su cerebro[683].

---

[681] Bravo Casas, *Ob. Cit.,* p. 29; Andorno, *Bioética...*, p. 149, la muerte cerebral es una noción desarrollada a partir del trabajo de Mollaret y Goulon de 1959, que empleaba la expresión "*coma depassé*" para calificar el coma irreversible aunque todavía no lo identificaba con la muerte. Sería a partir del informe de un Comité ad hoc de *Harvard Medical School* de 1968, cuando comienza a difundirse la distinción. Véase también: Bueres, *Ob. Cit.,* p. 162; Borda Medina, *Ob. Cit.,* pp. 50 y 51, refieren igualmente que a raíz de la actividad de la denominada "Escuela Francesa", se inició el estudio del "coma sobrepasado" o coma *depasse* en el que "la respiración necesitaba de medios artificiales a diferencia de otros comas en los que la respiración se mantenía espontáneamente" y sus resultados derivaron en la introducción de un nuevo criterio en la definición de muerte**: la ausencia de función del sistema nervioso central en forma irreversible.** Intentando precisar los criterios para determinar la muerte, en el año 1968 fueron publicados los denominados "Criterios de Harvard", que definían la muerte como la pérdida irreversible de la función cerebral y cardio-respiratoria. Los factores que se asumieron para comprobarla fueron: – ausencia de pulso, falta de reflejos – electroencefalograma plano en un lapso de 24 horas – no obtención de respuesta a estímulos externos aún de intenso dolor – ausencia de movimientos respiratorios al menos una hora. No obstante, con los avances de la tecnología en este campo se comprobó que estos factores no eran precisos debido a que por medios mecánicos pueden sustituirse algunas de estas funciones en un cadáver. Los posteriores estudios llevaron a que los criterios determinantes de la muerte giraran en torno a las funciones del sistema nervioso, apareciendo dos tendencias en la doctrina, para unos debía hablarse de la función total del cerebro al tiempo que otros propugnan por la función del cerebro superior. Concluyen los autores que esta última posición determina que la muerte se produce en los casos en que hay pérdida irreversible del conocimiento y de la conciencia ya que son estas las dos funciones esenciales del concepto de persona humana pues las funciones de carácter vegetativo, integradoras del tallo cerebral, pueden ser sustituidas por medios artificiales en la medida en que la ciencia avanza.

[682] Bravo Casas, *Ob. Cit.,* p. 30.

[683] Véase: Lenis García, Carmen Elena: *Disposición del Cadáver.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socieconómicas, edit. Kelly, 1981, p. 19, la autora cita al padre Alfonso Llano, Decano de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Javeriana quien indica que "Después de la muerte del cerebro, órganos humanos importantes, tales como el corazón, los pulmones, los riñones y el hígado pueden ser conservados funcionando artificialmente... Mientras los centros del cerebro primitivo son los centros regulatorios del orden dinámico del organismo en su totalidad biológica, la corteza cerebral es el órgano decisivo que por su funcionamiento, hace posible la expresión espiritual en sus diversas formas. Con la destrucción de la corteza cerebral, el hombre pierde no sólo la posibilidad de realizar su personalidad en libertad, sino que llega al fin de su historia humana".

La muerte cerebral representa una interpretación clínica de un fenómeno fisiológico. Todas las funciones corporales están controladas a través de un centro principal como lo es el cerebro. En particular, la capacidad de un individuo de actuar como un ser vivo e interactuar con su ambiente están controladas en el cerebro y todas sus funciones vitales reciben su control del tallo cerebral. Por lo tanto, la cesación de actividad cerebral de forma irreversible condiciona la falta de cualquier actividad "humana", aquella que nos permite diferenciarnos de los animales y las plantas, los cuales también tienen "vida"[684].

Aparece entonces un elemento diferenciador: lo que caracteriza a la persona humana es la actividad cerebral que en cada hombre y de acuerdo con la función de los centros cerebrales, es lo que conforma la personalidad[685]. Los autores Borda Medina en su trabajo titulado "*Consideraciones Acerca de la Persona en Estado de Coma*" diferencian la muerte cerebral de la situación del paciente en *estado de coma*: éste último no responde a los estímulos externos ni a necesidades internas, caracterizándose por la disolución progresiva de la conciencia y de las funciones de relación mientras se conservan de manera relativa las funciones de carácter vegetativo que sin embargo también pueden presentar algunos trastornos. En algunos casos es reversible, en otros precede a la muerte. El estado de coma se diferencia de la muerte cerebral en que sólo supone la muerte cortical, es decir, la corteza cortical, mas no la muerte "tronco encefálica" por lo que la respiración espontánea y otras funciones se mantienen. En raras ocasiones existe una lesión cerebral irrecuperable[686]. De allí que indique Andorno que la

---

684 Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurologia Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05)
685 Borda Medina, *Ob. Cit.,* pp. 52 y 53.
686 *Ibid*., pp. 79-82. De allí que la muerte cerebral se le suele designar igualmente como "***muerte encefálica***" Véase igualmente: Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Ob. Cit.,* p. 324; Bueres, *Ob. Cit.,* p. 163; Gafo, *Ob. Cit.,* p. 329, la muerte del tronco encefálico determina la muerte cerebral; Andorno, *Bióetica...*, p. 149, la muerte cerebral supone el daño del tronco encefálico y no solamente de la corteza. Véase también: www.donacion.organos.ua.es/info_sanitaria/viure_en_salut/**muerte_cerebral**.htm La denominada **muerte cerebral** o más apropiadamente **muerte encefálica** implica que la muerte del cerebro es la muerte del individuo. Véase también: http://www.svcardiologia.org/publicaciones/public_10.html Una persona con cese irreversible de todas las funciones del cerebro ¨ entero¨ , incluyendo el tronco encefálico, está muerta; D´Empaire, Gabriel: *Limitaciones de medidas terapéuticas en pacientes críticos. Aspectos éticos, legales y religiosos*. En: Asociación de Bioética Clínica. Caracas, 1997, http://www.bioetica.org.ve/fixed12.htm, "la persona perdió las funciones integrativas del cerebro, debido a un daño que incluye al tallo cerebral. En estas condiciones el paciente morirá en corto tiempo, aun cuando se

muerte cerebral es generalmente definida como la cesación total e irreversible del funcionamiento del encéfalo (es decir, del cerebro considerado en su totalidad, con el tronco cerebral incluido, y no solamente la corteza)[687]. Muerte cerebral es el cese irreversible de toda actividad cerebral incluyendo el tallo encefálico[688]. Además de lo indicado, el estado de coma es transitorio y reversible[689].

La muerte cerebral se distingue también del *estado vegetativo*[690], pues en éste se mantiene en forma espontánea la respiración y en consecuencia la función cardíaca, pues el tallo del cerebro no resultado afec-

utilicen medidas de soporte vital. Esta condición se ha denominado generalmente muerte cerebral al traducirla de la denominación en ingles "brain death", sin embargo, el término correcto que debe utilizarse es estos casos es muerte encefálica". Véase opinión de Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurologia Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05), El coma se define como un estado profundo de inconciencia por un periodo. En la muerte cerebral el paciente está en coma, con la diferencia de que adicionalmente su sistema nervioso del cerebro y tallo encefálico está muerto y por lo tanto no existe ninguna posibilidad de recuperación. Un paciente comatoso puede tener todos sus reflejos de tallo intacto. Véase igualmente opinión del médico y abogado Rafael Aguiar-Guevara, que indica que existen diferencias entre el estado de coma a la muerte encefálica; se diferencia entre decorticación y descerebración. Se debe diferenciar entre la muerte del tallo cerebral y lesiones por debajo del tallo que incapacitan pero no necesitan asistencia de soporte artificial. Una persona en coma diabético o metabólico no necesariamente se encuentra en muerte cerebral. (consulta efectuada el 14-12-05).

687 Andorno, *Bioética...,* p. 149.

688 Definición del Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurologia Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05)

689 Opinión del doctor José Gregorio Calderón Villegas, MSDS 51.304 (consulta realizada el 16-11-05). Véase también opinión del doctor Julio Torrealba Sánchez, quien indica que en el estado de coma generalmente hay signos vitales, no hay respuesta a estímulos y puede ser revertida. (MSDS 33.160, consulta 28-12-05). En el mismo sentido indica la doctora Nairobi Molina que en el estado de coma a diferencia de la muerte cerebral, existe posibilidad de recuperación (MSDS 49.071, consulta realizada el 23-12-05).

690 Véase: Hooft, Pedro Federico: *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999, pp. 81 y 82, el estado vegetativo es una condición clínica caracterizada por la inconciencia incompleta de sí mismo y del medio ambiente, con incapacidad para interactuar con otros y para responder voluntaria y adecuadamente a estímulos visuales, auditivos, táctiles o dolorosos. Si bien puede haber reflejos espinales y variable preservación funcional de nervios craneales, no hay evidencias de comprensión o expresión verbal ni cotiencia de esfínteres. Hay ciclos de sueño-vigilia intermitentes y funciones hipotalámicas y del tronco encefálico lo suficientemente preservadas, por ejemplo respiración espontánea (no necesitan asitencia respiratoria) como para permitr una sobrevida por tiempo indefinido de hasta casi cuartena (40) años, bajo cuidados médicos y enfermería adecuada. Véase, también, *ibid*., p. 83. Agrega Hooft que no hay ningún tratamiento disponible capaz de revertir el estado vegetativo.

tado, no obstante existir un daño de la actividad superior cerebral[691]. El estado vegetativo supone lesiones en la corteza cerebral, que aunque irreversibles, no abarcan todo el tronco cerebral, de allí el mantenimiento de algunas funciones vitales, situación que presenta una diferencia médica y ética con la muerte cerebral[692]. Un paciente en estado vegetativo no está muerto pues sólo tiene afectado un componente de la conciencia[693]. En la muerte cerebral el daño del cerebro es total en tanto que en el estado vegetativo el daño es parcial[694]. El estado vegetativo implica la pérdida de las funciones neurológicas cognitivas (en los hemisferios cerebrales) incluyendo el habla, conciencia, memoria, emociones, etc., con persistencia de ciclos de sueño (sleep-wake cycle) y preservando reflejos del tallo cerebral. Estos dos últimos no existen en alguien con muerte cerebral. El estado vegetativo persistente simplemente refleja la cronicidad de alguien en estado vegetativo en donde existe muy poca posibilidad de recuperación de las funciones neurológi-

[691] Vargas Alvarado, *Ob. Cit.,* p. 90; D´Empaire, Gabriel: *Limitaciones de medidas terapéuticas en pacientes críticos. Aspectos éticos, legales y religiosos.* En: Asociación de Bioética Clínica. Caracas, 1997, http://www.bioetica.org.ve/fixed12.htm, "Los enfermos en estado vegetativo persistente, han perdido la capacidad de mantener una vida de relación, pero... pueden respirar espontáneamente, mantener una función cardiovascular normal y por tanto son capaces de vivir sin medidas de soporte vital".; D´Empaire, Gabriel: *Dilemas en la toma de decisiones del paciente crítico*. En: Asociación de Bioética Clínica. Caracas, 1997, http://www.bioetica.org.ve/fixed10.htm. Véase también: Kraut, *Ob. Cit.,* p. 88, según Hooft y Manzini, el estado vegetativo es la situación resultante de una lesión cerebral grave, en la que los pacientes si bien no están en muerte cerebral, no son capaces de recobrar vida cognoscitiva, presentan una patología de base que en su evolución ordinaria conduce a la muerte. Obsérvese que no existe muerte cerebral en tal caso porque el sujeto no está conectado a medios artificiales, sin embargo Kraut recomienda evitar el encarnizamiento terapéutico o el tratamiento desproporcionado; Hooft, *Ob. Cit.,* pp. 98-100, sostiene que en algunos casos de pacientes en estado vegetativo y con posterioridad al agotamiento de los pasos médicos para preservar la vida, puede tener lugar bajo ciertas circunstancias la decisión de suspensión de los tratamientos de soporte vital y ello sería perfectamente consecuente con la dignidad de la persona humana. Véase también: Aguiar-Guevara, *Ob. Cit.,* 593, el autor comenta que en la muerte cortical, la persona puede vivir en vida vegetativa durante años.

[692] Gafo, *Ob. Cit.,* p. 330, el autor acertadamente se pronuncia en contra de una pretendida extracción de órganos en tal caso pues la muerte cerebral supone la muerte total del cerebro incluido el tronco. Véase igualmente: *ibid*., p. 332, aclara que pretender darle el mismo tratamiento a los pacientes en estado vegetativo llevaría a abusos inaceptables, y crítica la opinión de Diego Gracia quien señala que nadie pensaría en enterrar un paciente en estado vegetativo porque mantienen la respiración espontánea pero que ello no significan que en su opinión no esté muerto. En fin, al margen de la discusión médicamente el estado vegetativo es sustancialmente diverso a la muerte cerebral.

[693] Torres Acosta, Rafael: *Aspectos éticos de la muerte en Pediatría*. En: Elementos para la enseñanza de la Bioética. Bogotá, Colección Bíos y Ethos 5, Ediciones El Bosque, 1998, p. 125.

[694] Opinión del doctor José Gregorio Calderón Villegas, MSDS 51.304 (consulta realizada el 16-11-05), señala que estado vegetativo suele asimilarse a "estado vegetativo persistente".

cas cognitivas[695]. En la muerte cerebral no hay signos vitales, mientras que en el estado de vida vegetativo hay signos vitales pero no existe respuesta cerebral[696].

Se diferencia así en el ámbito de la ciencia médica el daño cerebral irreversible y total del daño cerebral recuperable o parcial, siendo el primero de éstos el que propicia la muerte cerebral[697]. La integración de las ideas expuestas nos llevan a concluir que la muerte es un fenómeno biológico que se presenta en el instante en que la conciencia, la voluntad y la sensibilidad desaparecen como consecuencia de "... la pérdida irremediable de la funcionalidad del sistema nervioso". Esta noción ha sido aceptada por la ciencia médica, la legislación y los moralistas. Si continúa la respiración espontánea a pesar de la lesión cerebral, no puede hablarse de muerte cerebral sino de paciente terminal. Ahora bien, puede acontecer que una persona precise de respiración artificial sin que en modo alguno se esté en presencia de muerte cerebral[698], de tal suerte, que se requieren distinguir un conjunto de

[695] Definición del Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurologia Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05), agrega que los pacientes en estado vegetativo persistente, pueden vivir por mucho tiempo en una cama y con cuidados especiales, pero la recuperación de cualquier función neurológica es muy remota. Por ejemplo alguien que haya tenido un problema afectando las neuronas del cerebro (anoxia cerebral secundaria a un infarto del miocardio) puede seguir respirando, abriendo los ojos, la boca e inclusive tragando, pero no tiene ningún tipo de conexión a su mundo exterior

[696] Opinión del doctor Julio Torrealba Sánchez, (MSDS 33.160, consulta 28-12-05).

[697] Es la única explicación científica y jurídica que justifica la extracción de los órganos a los fines de trasplantes en un cuerpo con este tipo de daño.

[698] Borda Medina, *Ob. Cit.,* p. 56. Se preguntan los autores respecto a si la respiración artificial es necesaria para el paciente en estado de coma ¿hasta qué momento debe mantenerse? La respuesta a esta interrogante (Fletche, J. Who Shall live?) obedece a la realidad clínica que considera la respiración artificial como el medio que proporciona un posible intento global de reanimación. Por tanto, si el paciente permanece inconsciente y es incapaz de mantener por sí mismo la respiración, podemos afirmar que los intentos de resucitación han fracasado y "en ese caso mantener la ventilación artificial se convierte en biológicamente inapropiado y el respirador debe desconectarse" (*ibid*., p. 86). Habían sido definidos como medios "ordinarios" aquellos que pueden ofrecerse a una paciente sin imponerle una carga excesiva a él mismo o a su familia, y como "extraordinarios" aquellos que "en un momento y lugar determinados resultan muy costosos, o muy inusuales o muy dolorosos o muy difíciles, o muy peligrosos, o aquellos cuyos efectos positivos predecibles no guardan proporción con las dificultades e inconvenientes que su uso conlleva (*ibid*., p. 84). Es decir, que partiendo de lo que ya hemos asumido en cuanto hace con la exacta comprensión de los que es y significa una vida humana, un medio será ordinario en la medida que tenga como resultado previsible el lograr una vida plenamente humana a pesar de las eventuales reducciones en la capacidad de actividad. En este caso, el médico está obligado moralmente a usarlo si se encuentra a su alcance y será extraordinario si su finalidad se reduce a prolongar una vida puramente vegetativa sin ofrecer probabilidades de recuperación, caso en el cual no estará obligado a instituir o mantener dichas medidas extraordinarias. Sin embargo, la distinción tiene la dificultad obvia que conlleva el cambio continuo de límites conforme la medicina avanza, y según los recursos particulares de cada caso es demasiado confuso. Esto ha sido revaluado bajo la denominación medios "proporcionados" y medios "desproporcionados" (*ibid*., p. 85).

situaciones médicas a los fines de no confundirlas con la figura en estudio[699].

Por tal razón, la legislación en materia de trasplantes, permite la extracción de un órgano del cuerpo en que ha acontecido la muerte cerebral, pues la persona sustancialmente ha muerto, obviamente tal situación como ha evidenciado la ciencia médica es "irreversible". Está claro que la noción de "*muerte*" trae implícita la idea de irreversibilidad, pues mal podría el orden legal con fundamento a la ciencia médica autorizar la extracción de un órgano si existiera aunque sea una leve posibilidad de recuperación. De tal suerte que bien puede afirmarse que nadie retorna de la muerte cerebral, y si curiosamente se dijera que alguien regresó de tal estadio sólo cabría lógicamente concluir que se trataba de un diagnóstico equivocado.

No obstante, algunos autores han criticado la consagración legislativa de la muerte cerebral. Así por ejemplo, Héctor Goyena critica que a partir de la misma se autorice el trasplante, ante la ausencia de ondas cerebrales. El autor afirma que "no se puede llevar a la legislación un límite semejante, toda vez que es imposible afirmar categóricamente que sea irreversible... los que tenemos un concepto trascendente de la vida, obviamente creemos en el milagro, en la resurrección y obviamente en una mañana después de la muerte"[700]. En un sentido semejante se pronuncia Hans Jonas al cuestionar la muerte cerebral[701] indicando que *no conocemos la línea exacta que separa la vida de la muerte*[702]. Se pregunta el autor ¿Quién puede saber si cuando el bisturí de disección empieza a cortar se asesta un shock, un último trauma, a una sensación no cerebral, difusamente extendida, que todavía es capaz de sufrir y que nosotros mismos mantenemos viva con la función orgánica?[703]. Por su parte, Martínez de Aguirre llega incluso a señalar que la normativa de trasplantes de órganos es de dudosa

---

[699] Por ejemplo, el estado de coma, el estado de vegetativo o alguna afección que precise de respiración artificial.
[700] Goyena Copello, Hector Roberto: *Los Nuevos horizontes del Derecho de Familia y la necesidad de protección de la persona en la normativa civil y la tipificación penal. Estatuto Jurídico.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráficas León S.R.L., 1996, Tomo I, p. 179.
[701] Jonas, *Ob. Cit.,* pp. 145-158.
[702] *Ibid*., p. 147, por lo que en opinión del autor la definición de Harvard debe tener sentido restrictivo.
[703] *Ídem*.

constitucionalidad pues se trata de una regulación que mediante una ley ordinaria y reglamentaria afecta derechos como la vida y la integridad física protegidos por el artículo 15 de la Constitución española[704]. Caló parece también dudar de la consagración de la muerte cerebral aunque en una forma más sutil[705].

Sin embargo, los especialistas neurólogos nos aclaran que ciertamente está comprobado sin ninguna duda que la actividad cerebral tiene que detenerse de manera "*irreversible*" para poderse establecer un diagnóstico de muerte cerebral, pues la definición así lo establece[706] y que no existe posibilidad alguna de sensación o dolor[707]. El médico y abogado Aguiar-Guevara nos manifestó en este sentido que la muerte cerebral es un diagnóstico clínico, rigurosamente metodológico que exige la comprobación no de un solo signo sino de un conjunto de signos. Sin

[704] Martínez de Aguirre, *Ob. Cit.,* p. 354.

[705] Caló, *Ob. Cit.,* p. 111, indica el autor que la comprobación de la muerte debería estar dirigida únicamente a la comprobación de la muerte misma, ulteriores finalidades traerían consecuencias de notable alcance. Parece fundamental definir la muerte para individualizar el momento hasta el cual se tiene derecho a ser salvados. Se ha observado igualmente que la elección de hacer de la muerte cerebral el único concepto de muerte, podría influir profundamente sobre la escala de valores en se fundamenta el sistema jurídico, con reflejos negativos hasta sobre la misma tutela del ser humano; sin embargo, se trata de una hipótesis de trabajo, para ser considerada con suma prudencia sobre todo por parte de los juristas.

[706] Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurología Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05).

[707] Véase opinión del Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurología Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05), agrega que el electroencefalograma es un estudio que permite medir actividad neuronal cerebral que no necesariamente tiene relación con sensación. El electroencefalograma en muerte cerebral se caracteriza por ausencia de actividad, lo cual requiere practicar estimulación corporal (entre ellas dolorosas) para ver si existe algún tipo de actividad residual cerebral. Por supuesto, esto no se evidencia en un paciente con muerte cerebral, por lo que no existe razón para pensar que algún tipo de sensibilidad a la extracción de órganos existe en el sujeto. En ocasiones, pueden existir los llamados reflejos espinales, en los cuales el sujeto que ha sido declarado muerto cerebralmente, produce un movimiento espontáneo de una extremidad al ser estimulado. Esto tiende a asustar al equipo de trasplante. Y agrega el Doctor Acosta: "he tenido la experiencia de ser consultado a las 3 de la mañana por alguien quien había sido declarado muerto cerebral y estaba siendo preparado para la donación de órgano, cuando uno de sus pies brincó. El examen clínico verificó muerte cerebral y la literatura ha documentado muy bien que este fenómeno constituye un reflejo espinal que no requiere la participación cerebral sino de la médula espinal, la cual se encuentra funcionando adecuadamente. Por lo tanto, a pesar de estos eventos, no existe razón para negar el diagnóstico inicial de muerte cerebral si este ha sido generado de la manera adecuada".

entrar en la discusión filosófica de la existencia de milagros o actuaciones divinas, sería imposible esperar la reversión de una muerte cerebral, cuando ésta ha sido comprobada por médicos preparados y sin "otros" intereses. Los criterios son tan variados y rigurosamente científicos que podría afirmarse, sin temor ni reservas, que una vez realizado el diagnóstico de muerte, cumpliendo TODOS (repito no es un solo criterio) los criterios, realizado por médicos (plural, es un equipo) competentes, incluyendo un neurólogo, salvo actuación "DIVINA" (lo que científicamente no se contempla) NO podrá revertirse de un plano de muerte cerebral a un plano de consciencia[708]. En el mismo sentido, sobre el carácter radicalmente ***irreversible*** se pronuncian los demás profesionales de la medicina consultados[709].

De allí que es de recordar y resaltar el carácter radicalmente "irreversible" que le ha reconocido la ciencia médica a la muerte cerebral: el sujeto se encuentra sustancialmente muerto, por lo que no resulta en modo alguno vulnerado el derecho a la vida ni a la integridad física porque ya no existe propiamente la persona. A tal efecto, debemos tener claro que está científicamente comprobado que la muerte cerebral es irrecuperable y este es el argumento irrebatible para consagrar la extracción de órganos a efectos de trasplantes[710]. Y esa es simplemente la razón por la que la mayoría de las legislaciones acogen dicho crite-

[708] Opinión del médico y abogado Rafael Aguiar-Guevara (consulta del 14-12-05). Agrega el Dr. Aguiar-Guevara que la confusión existe en el caso de decorticción (lesión solamente de corteza cerebral) o lesión encefálica primaria, y en las primeras horas, (sólo en las primeras horas) uno puede esperar una reversión. Pero cuando han pasado las horas que la metodología científica estipula y se cumplen con los parámetros es imposible esperar (científicamente) una reversión. Para mayor profundidad el autor recomienda su libro "*Derecho Médico*".

[709] Véase: Julio Torrealba Sánchez (MSDS 33.160, consulta 28-12-05), José Gregorio Calderón Villegas, MSDS 51.304 (consulta realizada el 16-11-05), concluye que quien tiene muerte cerebral no tiene ningún tipo de sensibilidad ante la ausencia de función del cerebro y éste es el órgano rector. La doctora Nairobi Molina comenta que no existe demostración científica de un posible retorno de la muerte cerebral (MSDS 49.071 consulta realizada el 23-12-05); Mabel Zambrano, MSDS 89.129 (consulta realizada el 3-1-205).

[710] Véase al respecto: Lenis García, *Ob. Cit.,* p. 20, la autora cita el Simposio celebrado en la Academia de Medicina de Medellín el 14 de marzo de 1973 titulado "*El concepto de muerte*" que concluye: "Queda para algunos la duda de que con la muerte cerebral solamente está asegurado el proceso irreversible de muerte, pero no se da la muerte total del hombre. A ésto se puede responder que la vida que allí existe no es una vida humana. Por lo tanto retirar una máquina que sostuviera esta vida vegetativa no es introducir ninguna causa de nueva muerte; lo mismo se diría del caso de sustracción de algún órgano para ser trasplantado; a lo sumo podría hablarse de aceleración de un proceso de muerte irreversible".

rio de muerte a efecto de trasplantes; no existe en tal caso violación alguna del derecho a la vida porque ésta ya no existe. Mal podría la legislación sacrificar una vida por otra autorizando la muerte de una persona aunque fuese un enfermo terminal[711]. No estamos aquí ante una materia tan delicada y polémica como la relativa a la eutanasia que ciertamente sí roza el ámbito de los derechos de la personalidad, por lo que cualquier similitud es netamente aparente.

Reiteramos que si se pretende afirmar que alguien regresó de la muerte cerebral es porque sencillamente respecto de tal persona existía un diagnóstico médico errado, dado su carácter "*irreversible*". Nadie retorna de la muerte cerebral porque una vez acaecida ésta estamos en presencia de un cadáver desde el punto de vista sustancial. Constituiría una aberración que la ley consagrara la posibilidad de extracción de órganos si existiera aunque sea una mínima posibilidad de recuperación. Es fundamental tener claro que la legislación consagra una distinción de muerte que ha sido ampliamente desarrollada por la ciencia médica desde hace décadas.

Cabe preguntarse ¿Qué pasaría si la ciencia médica reconsiderase el concepto de muerte cerebral? Pues ciertamente, el concepto médico de muerte debería proyectarse en el ámbito jurídico. El Derecho en esta materia sólo reproduce o reconoce una distinción perteneciente a la ciencia médica, por lo que cualquier variación de ésta se haría sentir en la legislación. Torres Acosta comenta que en los últimos años se ha llevado a definir la muerte por la viabilidad cerebral, es decir, como el cese irreversible de todas las funciones cerebrales, y agrega el autor acertadamente que "es nuestro punto de vista basados en los conocimientos que hoy poseemos, los que pudieran cambiar en la medicina futura"[712].

Al efecto, cabe citar las palabras de Romeo Casabona: "*Si algún día la ciencia médica consigue recuperar la descerebración, el concepto clínico de muerte habrá cambiado y, por tanto, ya no será válido el legal, que podrá ser fácilmente adecuado, también por vía reglamentaría, a la nueva realidad*"[713]. Es difícil pensar en tal

[711] Por esta razón nos mostramos en franco desacuerdo con la afirmación –indicada *supra*– de Martínez de Aguirre al señalar que la normativa de trasplantes de órganos es de dudosa constitucionalidad (*Ob. Cit.,* p. 354).
[712] Torres Acosta, *Ob. Cit.,* p. 124.
[713] Romeo Casabona, *Los Trasplantes*..., p. 65.

posibilidad, pero como la ciencia nos ha llevado a estadios inimaginables e insospechados en otro tiempo[714], no está de más considerar que en tal caso los instrumentos legales naturalmente deberán seguir el rumbo de los avances médicos.

La ciencia ha avanzado mucho en las últimas décadas y se pueden mantener órganos vitales funcionando aun cuando el motor mayor y controlador de esas funciones, como lo es el cerebro, haya dejado de funcionar. Las definiciones indicadas en la Ley sobre Transplantes están ajustadas a la realidad clínica[715]. Actualmente nuestra legislación simplemente reconoce una distinción establecida mundialmente. En el caso venezolano podemos encontrar la diferencia entre muerte clínica y muerte cerebral en la Ley Sobre Trasplantes de Órganos en su art. 2, numeral 10 al definir la muerte:

"*MUERTE: Hay muerte clínica cuando se produce la ausencia de todos los signos vitales o, lo que es lo mismo, la ausencia total de vida*[716].

Para los efectos de esta Ley, la muerte cerebral podrá ser establecida en alguna de las siguientes formas:

1) La presencia del conjunto de los siguientes signos clínicos:

a) falta de respuesta muscular y ausencia de reflejos a estímulos externos;

b) Cesación de respiración espontánea comprobada, previa oxigenación por diez (10) minutos;

c) *Pupilas fijas, midriasis y ausencia de reflejo corneal*[717].

---

[714] Como lo son las nuevas técnicas para generar la vida humana, a saber, la inseminación artificial y la fertilización *in vitro*, la clonación y la propia materia relativa a trasplantes de órganos.

[715] Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurologia Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05)

[716] Recordemos que la ausencia de los signos vitales debe ser "definitiva" o "irreversible" por lo que la definición legal debería reflejar tal término. Véase opinión del Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurología Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05), refiere que la expresión "*ausencia total de vida*" es una definición filosófica pues aun después de haberse detenido todos los signos vitales, existe vida en los órganos corporales por un periodo muy breve.

[717] Uno de los requisitos básicos de la muerte cerebral consiste en una exploración clínica con tres datos básicos: coma arreactivo, apnea y ausencia de reflejos del tronco cerebral (Gafo, *Ob. Cit.,* p. 329). Véase igualmente: Andorno, *Bioética*..., p. 151, el coma con falta de respuesta cerebral, apnea o ausencia de respiración espontánea, dilatación fija de las pupilas, la ausencia de reflejos cefálicos, electroencefalograma.

2) La cesación de la actividad eléctrica del cerebro, podrá ser determinada por:

a) *Absoluta cesación de la actividad del cerebro, comprobada eléctricamente y aún bajo estímulo mediante electroencefalograma isoeléctrico durante treinta (30) minutos*[718].

b) Ausencia de respuesta oculovesticular.

No habrá muerte cerebral cuando en el ser humano se evidencian cualquiera de las siguientes condiciones:

a) Alteraciones tóxicas y metabólicas reversibles

b) *Hipotermia inducida*[719].

Legalmente existe la muerte cerebral, cuando así conste de declaración suscrita por tres o más médicos que no formen parte del equipo de trasplante"[720].

El neurólogo Juan Antonio Acosta nos explicó detalladamente que al efecto se utilizan una serie de criterios que indirectamente reflejan las funciones básicas del cerebro y los cuales tienen que ser evaluados

---

[718] El electroencefalograma sin actividad bioeléctrica cerebral en opinión de H.K. Beecher, en 1969, presidente del Cómite de Harvard, no era una prueba esencial para el diagnóstico irreversible y esa misma línea fue subrayada por el Reino Unido, por lo que se le ha dado crecientemente mayor importancia a los criterios clínicos que constatan la muerte del tronco cerebral sin considerar el electroencefalograma la prueba palpable de la muerte cerebral. (Gafo, *Ob. Cit.,* pp. 328 y 329). Véase Borda Medina, *Ob. Cit.,* pp. 54 y 55: en cuanto a las consideraciones biológicas se requiere: carencia de respuestas, Aonea (detención temporal de la respiración) , ausencia de reflejos de nervios craneanos, electroencefalograma isoeléctrico. Véase igualmente: Ghersi, *Ob. Cit.,* p. 170: En la reunión efectuada en 1968 por el Consejo de las Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, en la sede de la Organización Mundial de la Salud, en Ginebra, se concluyó que tiene lugar con los siguientes síntomas: 1.- pérdida total de la conexión entre el cerebro y el organismo; 2.- incapacidad muscular general; 3.- cesación de la respiración espontánea; 4.- falta de precisión sanguínea y 5.- absoluto término de la actividad cerebral comprobada eléctricamente y aun bajo estímulo. Véase igualmente: Andorno, *Bioética...*, p. 151.

[719] Otro de los requisitos indispensables para diagnosticar la muerte cerebral es la exclusión de causas reversibles que simulen el cuadro clínico (hipotermia, intoxicación con fármacos y shock (Gafo, *Ob. Cit.,* p. 329). A los indicados se agrega la presencia de una etiología capaz de causar la destrucción del cerebro (*ídem*).

[720] En base a esta última parte de la norma el autor Rafael Aguiar-Guevara distingue la "muerte cerebral legal" certificada por tres médicos de la simple "muerte clínica" o "muerte cerebral". (Aguiar-Guevara, ob. cit. p. 885). Pero aclara el autor que dicha certificación es sólo a los efectos de trasplantes pues no puede suplir el certificado de defunción (*ibid*., p. 599).

antes de establecerse el diagnóstico de muerte cerebral. Algunos de los criterios incluyen:

a) No respuesta alguna a cualquier tipo de estimulo externo, visual, auditivo o doloroso que se le pueda aplicar al individuo.

b) Ausencia total de función cerebral y de tallo encefálico. Esto se consigue a través de la evaluación clínica de una serie de parámetros incluyendo:

> a. Ausencia de respuesta pupilar y movimientos oculares, incluyendo el estimulado a través de la infusión de solución fría en el oído del individuo.
>
> b. Ausencia del reflejo de Gag o nauseoso y el reflejo tusígeno.
>
> c. Ausencia de movimientos voluntarios en las extremidades con extremidades flácidas. Así mismo, ausencia de reflejos no es poco común.
>
> d. Ausencia de respiración espontánea, verificado por un test de apnea en el cual, bajo parámetros bien señalados, se evalúan valores respiratorios para decir si existe o no muerte cerebral.

c) La naturaleza del estado de coma deberá ser conocida, pues existen factores como baja temperatura corporal, intoxicación por drogas específicas, etc. que pudieran producir un cuadro clínico similar al de muerte cerebral.

d) Por último entra el juego el factor tiempo, y es por lo general aceptado que los parámetros descrito anteriormente tienen que estar presente por un mínimo de tiempo, el cual varía dependiendo del país y sus leyes, pero al menos manteniendo los siguientes requisitos

> a. 6 horas con un electroencefalograma verificatorio que muestra un silencio eléctrico cerebral, y el cual debe practicarse de acuerdo con una serie de normas establecidas para garantizar que la identificación de actividad cerebral se ha optimizado al máximo.
>
> b. 12 horas sin necesidad de un electroencefalograma
>
> c. 12 horas después de una encefalopatía anóxica sin necesidad de usar el electroencefalograma.

e) Por último, algunos países requieren tests adicionales para verificar el diagnóstico de muerte cerebral, pero en otros, el simple examen físico descrito anteriormente puede considerarse suficiente si se cumple el proceso de espera de 12 horas entre dos exámenes continuos. Estos tests incluyen

a. Electroencefalograma mostrando ausencia de actividad cerebral

b. Potenciales evocados de tallo cerebral negativo.

c. Estudio de imágenes para evaluar riego sanguíneo cerebral (requisito en países europeos para diagnóstico definitivo)

i. Angiografía.

ii. Doppler vascular intracerebral.

iii. Estudios utilizando marcadores radiactivos[721].

De allí que se ha indicado que los criterios básicos que indica nuestra Ley sobre Trasplantes de Órganos podrían ser actualizados en función

[721] Explicación detallada del neurólogo Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurologia Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05). El Dr. Acosta agrega: Los síntomas descritos, evaluados por una persona con experiencia, son completamente confiables para llegar al diagnóstico de muerte cerebral. Para explicar en un lenguaje claro la muerte cerebral y el significado de los síntomas descritos en la legislación tenemos que tomar en consideración que existen una serie de mecanismos y eventos que tienen que ocurrir antes de poder llegar a ese diagnóstico. En ese sentido, tenemos que recalcar que en el proceso de muerte cerebral, por lo general, primero se pierde el control superior cerebral de ambos hemisferios. Es así como dejamos de interactuar con nuestro ambiente, perdemos la conciencia y por esa razón todas las funciones asociadas con la vida de interacción natural con el medio ambiente (incluyendo movimientos voluntarios, respuesta a dolor, etc). Esto es seguido por un proceso descendente de pérdida de funciones del tallo cerebral quien conecta al cerebro con la medula espinal. Es así como se comienzan a perder en primer lugar reflejos asociados con los movimientos oculares y reacciones pupilares, seguido por pérdida de la sensibilidad facial y del estimulo intranasal, seguido por la pérdida de reflejos vestibulares y cocleares y por último, al nivel inferior del tallo cerebral, por un proceso de pérdida de la capacidad de manifestar un reflejo nauseoso y de controlar espontáneamente la respiración. Para definir muerte cerebral, necesitamos entonces que toda función cerebral cese. El criterio médico de muerte cerebral varía dependiendo del país en el cual se encuentre el individuo y a la legislación rodeando este fenómeno.

de las tendencias recientes de la materia[722]. Así por ejemplo, existen parámetros neurológicos especiales a los fines de diagnosticar la muerte cerebral en neonatos o recién nacidos[723], así como en niños[724]. No obstante, se indica que de los criterios que refiere nuestra ley el más confiable es el electroencefalograma isoeléctrico[725].

Ahora bien, el citado artículo 2, numeral 10 de la referida Ley sobre Trasplantes de Órganos señala a los fines de propiciar la transparencia y la imparcialidad que la muerte cerebral precisa ser declarada formalmente al menos por tres (3) médicos que *no* formen parte del equipo de trasplante, requisito que ha sido generalmente admitido, así como la necesaria "unanimidad" que ha de considerarse implícita[726]. En la legislación argentina[727] y chilena[728] se exige adicionalmente que uno de tales médicos debe

[722] Véase: Aguiar-Guevara, *Ob. Cit.,* pp. 886-891, el autor cita a Fernando Verdú Pascual: Boletín Oficial Español. Real Decreto Español 2070/1999 que regula las actividades de donación y trasplantes de órganos humanos. Universidad de Valencia, 2001, www.uv.es. Véase también: Torres Acosta, *Ob. Cit.,* p. 126.

[723] Véase: Morales Landeo, Edgar (Morlan): *Muerte cerebral en pediatría escala Morlan para diagnóstico cuantitativo de muerte cerebral.* Acta méd. peruana 2002; 19(4): 30-48. En: http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVrevistas/acta_medica/Vol19_N4/cerebral.htm El autor según se reseña es Jefe fundador de la Unidad de Neurocirugía Pediátrica del Hospital Rebagliati –Prof. Asoc.– Cátedra de Neurocirugía de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

[724] Véase: Torres Acosta, *Ob. Cit.,* pp. 126-128.

[725] Véase opinión del doctor Julio Torrealba Sánchez (MSDS 33.160, consulta 28-12-05)

[726] Este último requisito relativo a que el diagnóstico de la muerte sea dado por un equipo médico distinto al que realizará el trasplante ha sido considerado en las diversas legislaciones a fin de garantizar la imparcialidad en la toma de la delicada decisión de la muerte. Véase: Andorno, *Bioética...*, p. 150, para evitar los riesgos de una constatación interesada de la muerte, se suele exigir que los médicos que la efectúan no sean los mismos que van a realizar la ablación. Véase igualmente: Romeo Casabona, *Los Trasplantes...*, p. 68, con esta exigencia se garantiza una independencia total en la elaboración del diagnóstico y la eliminación de cualquier tipo de interferencias. El autor agrega que la decisión del diagnóstico será tomada por el equipo médico por ***unanimidad***, porque de lo contrario no hay seguridad en la muerte y por tanto esta situación de duda hay que resolverla en favor de la vida, *in dubio pro vita* (*ídem*). Creemos que dada la naturaleza de lo que está en discusión, tal consideración es plenamente aplicable a la legislación venezolana, aunque la norma en referencia no utilice expresamente la expresión "unanimidad".

[727] Véase: Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* pp. 137 y 138, refiere Ley de Trasplantes de Organos y Materiales Anatómicos de Argentina (*ibid*., p. 129).

[728] Véase: Banda Vergara, Alfonso: *Consideraciones sobre trasplantes de órganos y derecho a la vida*. En: Revista de Derecho Valdivia Vol. 8, N° 1, Diciembre, 1997, pp. 19-60, http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000200002&lng=es&nrm=iso el referido artículo 11 establece: "Para los efectos previstos en esta ley, la muerte se acreditará mediante certificación unánime e inequívoca, otorgada por un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía".

ser "***neurólogo o neurocirujano***" en razón de que tales especialistas manejan los criterios particulares del funcionamiento del sistema nervioso[729] y el diagnóstico de la muerte cerebral se fundamenta en criterios neurológicos[730]. Todos los médicos consultados coinciden en la necesidad de un neurólogo a los fines del diagnóstico de la muerte cerebral y por ende la conveniencia de consagrar expresamente tal requisito en la legislación venezolana[731], por lo que nos adherimos a tal consideración dada la particularidad de la materia que está en juego[732]. Es más, en virtud de la obvia necesidad de conocimiento específico sobre la patología cerebral

---

[729] Véase; opinión doctor José Gregorio Calderón Villegas, MSDS 51.304, lo considera apropiado pues el neurólogo es especialista en el estudio de la patología cerebral y piensa que la legislación venezolana debería adoptar el ejemplo de la legislación argentina (consulta realizada el 16-11-05). Vése opinión del neurólogo Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurología Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05), señala el Doctor Acosta que "existen otras legislaciones que tiene un criterio claro de que uno de los especialistas tiene que ser neurólogo o neurocirujano. La razón es que somos los especialistas con experiencia en problemas del sistema nervioso central y periférico y con experiencia para realizar un examen físico adecuado y completo que definitivamente verifique la ausencia de reflejos de tallo cerebral en un paciente inconsciente. Existen otros problemas como intoxicaciones, cambios metabólicos, hipotermia, etc., que pueden producir inconciencia y ausencia de alguno de estos reflejos que pudieran llevar a un médico sin experiencia a declarar a alguien muerto cerebral cuando en realidad no lo está".

[730] Gafo, ob.cit., p. 326, y no por los criterios clásicos de la paralización cardiorrespiratoria.

[731] Opiniones citadas de los doctores José Gregorio Calderón Villegas, Nairobi Molina, Mabel Zambrano, Juan Antonio Acosta y Rafael Aguiar-Guevara. El neurólogo Juan Acosta comenta: "La muerte por lo tanto tiene que ser diagnosticada, al menos en una ocasión, por un profesional con experiencia en el sistema nervioso central como lo es un neurólogo o un neurocirujano. Esto no es algo que parece estar claro en nuestra legislación, pues simplemente indica "3 o mas médicos que no formen parte del equipo de transplante ". El primer o el segundo examen físico puede ser practicado por un especialista de piso, pero como dije anteriormente, uno de los dos exámenes tiene que ser practicado por el neurólogo o el neurocirujano. Por su parte, el médico y abogado Rafael Aguiar-Guevara acertadamente acota: "Debe existir (al menos) un neurólogo en el equipo médico que defina la muerte cerebral. Sin subestimar la capacidad de otros profesionales, es el neurólogo quien está mejor preparado, más actualizado. Un abogado civilista entiende cuestiones penales pero muy difícilmente yo contrataría a un civilista para la defensa de un caso penal o viceversa". El doctor Julio Torrealba Sánchez indica que si bien no es necesario ser neurólogo o neurocirujano para ver el Electroencefalograma isoeléctrico, ciertamente tales profesionales son los expertos en dicha lectura. (MSDS 33.160, consulta 28-12-05).

[732] Véase: Angiola, Silvia: *La muerte y los límites de la medicina*. En: http://www.monografias.com/trabajos3/muertemed/muertemed.shtml Uno de los más graves problemas en relación con el diagnóstico de muerte encefálica es la ignorancia de los mismos médicos, que a veces afecta justamente a los profesionales... Un diagnóstico de muerte cerebral requiere la realización de una serie de pasos en la forma más estricta posible, de manera que al concluir los períodos de observación los médicos estén seguros de que se cumplen exhaustivamente los criterios antes expuestos, o, dicho de otra forma, de que están ante un sujeto muerto sin ningún género de dudas, de manera tal que puedan redactar el certificado de defunción, y retirar el ventilador si no se va a proceder a la ablación de órganos para transplante.

bien puede considerarse implícita o al menos recomendable la presencia del neurólogo en el diagnóstico de la muerte cerebral.

El art. 15 de la Ley Sobre Trasplantes de Órganos establece que a fin de extraer materiales anatómicos, la muerte de la persona podrá ser establecida de alguna de las siguientes formas:

a) Con el criterio tradicional de muerte clínica, según lo establecido por el médico tratante en el certificado de defunción o en la historia clínica del fallecido.

b) Con el criterio de muerte cerebral, según lo establecido en el art. 2, numeral 10 de esta Ley, cuando se trate de personas cuyas funciones vitales se estén manteniendo mediante el uso de medios artificiales de vida"[733]. Y el artículo 16 *eiusdem* agrega que los órganos podrán ser retirados de cadáveres con fines de trasplantes en los casos referidos por la norma, que incluyen el criterio de la muerte clínica y cerebral[734]. Al efecto se establece la necesidad del transcurso *tres*

[733] Destacado nuestro. Véase sobre esta materia relativa a los trasplantes, la muerte clínica y cerebral: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, sent. N° 1453 del 27-07-06, en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1453-270706-04-1078.htm

[734] a) Cuando conste la voluntad dada en vida de la persona... b) ***"En caso de muerte clínica, si no constare la voluntad contraria de la persona fallecida, o su determinación de que dé a su cadáver un destino específico distinto. No se presumirá la voluntad de donar órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos en caso de muerte cerebral, a menos que se obtenga la aceptación de los parientes".*** ; "c) Cuando no exista oposición expresa y escrita por parte de un pariente, conforme a la prelación establecida en el artículo 17, literales a) al f), manifestada antes de transcurridas tres (3) horas subsiguientes al diagnóstico de muerte clínica o muerte cerebral. El médico tratante, o los médicos del equipo médico tratante, están en la obligación de comunicar al pariente que esté presente o, en caso de que no haya ninguno presente, al que sea más fácil de encontrar, la muerte clínica o la muerte cerebral, y solicitar inmediatamente su aceptación en relación al contenido de este literal. Cuando se trate de muerte clínica, en caso de que se pueda demostrar que, a pesar de sus gestiones, no se pudo localizar a ningún familiar dentro del término establecido de las tres (3) horas, el equipo médico tratante decidirá acerca del retiro de los órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos del donante, los cual deberá llevar la certificación del Director de la institución hospitalaria, o de quien haga sus veces. De todas estas actuaciones se levantará un acta con dos (2) copias, denominada "Acta de autorización para el retiro de órganos, tejido, derivados o materiales anatómicos" que suscribirán el médico y dos (2) testigos debidamente identificados, donde se dejará constancia expresa de la identificación de quienes adoptaron la decisión, los órganos que se acordó retirar y cualquiera otra información que se señale en el Reglamento de esta Ley". (Destacado nuestro). Véase: Párraga de Esparza, Marisela: *Los derechos corporales: trasplantes e indisponibilidad comercial de las partes anatómicas del ser humano*. En: Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política Vol. 4, N° 3, Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José M. Delgado Ocando", Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, Maracaibo, Diciembre de 1997, p. 33, sólo en el caso de muerte clínica que se logre demostrar que a pesar de las gestiones, fue imposible localizar algún familiar en el término indicado el equipo médico decidirá acerca del retiro de órganos, lo cual deberá ser acreditado por el Director del Instituto. Aparentemente, el Legislador quiso rodear de ciertas garantías a la presunción de donación. Véase sobre la referida presunción de donación de órganos: Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 182 y 183.

(3) horas subsiguientes al diagnóstico de muerte clínica o muerte cerebral a los fines del trasplante. Respecto de dicho período, se ha señalado que sería más confiable a los fines del diagnóstico considerar, al igual que otras legislaciones, un lapso mínimo de seis (6) horas para el retiro de órganos a los fines de efectuar el trasplante[735]. La materia relativa a los *trasplantes de órganos*, escapa de la presente investigación, pues se incluye en el estudio de los derechos de la personalidad, específicamente en el derecho a la *disposición de cuerpo*, que hemos desarrollado en otra oportunidad y ella remitimos[736].

El citado artículo 2, numeral 10 de la Ley sobre Trasplantes de Órganos, define la muerte clínica[737], mas no la muerte cerebral, pues respecto de ésta última simplemente detalla su forma de determinación. Sin embargo, puede inferirse claramente que dicha ley adopta la citada definición de cesación de la actividad cerebral en forma irreversible pues alude a la *"absoluta cesación de la actividad del cerebro en forma irreversible"* y seguidamente permite acudir a tales criterios para la extracción de órganos.

Nuestra normativa anterior en materia de trasplantes, la Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos[738] no tomaba en cuenta tal clasificación[739], aun cuando existían algunas referencias tímidas en los artículos 32 de la Ley del Ejercicio de la Medici-

[735] Al efecto indica el neurólogo Juan Antonio Acosta, creo que la legislación venezolana debería requerir solo dos evaluaciones médicas con un periodo de tiempo de al menos 6 horas entre ellas (consulta realizada el 10-12-05). En sentido semejante comenta el médico y abogado Rafael Aguiar-Guevara que nuestra ley es acomodaticia al exigir sólo tres horas desde la declaración de muerte cerebral y la extracción de órganos pues otros países requieren un mínimo de 6 horas (consulta del 14-12-05).

[736] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación*..., pp. 171-179.

[737] Como *la ausencia de todos los signos vitales o, lo que es lo mismo, la ausencia total de vida.*

[738] *Gaceta Oficial* N° 29.891 de 28-8-72.

[739] Pues indicaba en su artículo 12: "*Cuando los órganos y sus materiales anatómicos vayan a ser trasplantados, la muerte de la persona deberá ser comprobada por tres médicos distintos de los facultativos que integren el equipo de trasplante. La determinación de la realidad de la muerte se hará mediante el juicio clínico complemendo con los procedimientos instrumentales idóneos, y se levantará acta por triplicado que suscribirán los médicos a cuyo cargo esté la aludida determinación. En el acta correspondiente se dejará constancia de los órganos y materiales anatómicos que se retiren, del destino que habrá de dárseles, del nombre del difunto, de su edad, estado civil, fecha y hora del fallecimiento y circunstancias en que hubiere acaecido, así como los métodos empleados para comprobar la muerte*". (Destacado nuestro).

na[740] y 210 del Código de Deontología Médica[741]. Y la doctrina patria señaló en su momento que la ciencia médica estaba considerando la cesación irreversible de la actividad cerebral como el criterio que determinaba la muerte[742] por lo que la legislación venezolana sobre la materia debía adoptar dicha distinción[743].

Vemos así que nuestra normativa especial en materia de trasplantes de órganos en la actualidad –a pesar de las acertadas precisiones hechas por los especialistas– sigue una distinción (muerte clínica y muerte cerebral) que ha sido adoptada por las distintas legislaciones[744].

2.3.2 *Interés de la distinción*

El problema de la comprobación de la muerte y el de los trasplantes de órganos están estrechamente vinculados en el plano jurídico[745]. La muerte cerebral y declaración de muerte por criterio cerebral es un proceso lógico en la evolución de los cuidados médicos del siglo XX, aun cuando históricamente el concepto de muerte cerebral y los trasplantes son independientes[746]. Es importante subrayar que el concepto de muerte encefálica o cerebral no surgió para beneficiar la trasplantología, sino que fue una consecuencia de la terapia intensiva[747].

Al concepto de muerte cerebral se llega como consecuencia de la evolución de la tecnología médica. De allí que comente Comesaña que "se habla entonces de *muerte cerebral,* como el concepto que finalmente, permite decretar la muerte legal de un cuerpo, que, si aún se mantiene en vida, es básicamente porque cuenta con el apoyo de las modernas

---

[740] *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 3002 del 23-8-82. Indicaba la norma: "**Artículo 32**. La certificación de la muerte del donante para fines del transplante de órganos exigirá que los criterios prevalecientes en la profesión médica muestren que aquel ha sufrido un daño *irreversible de las funciones cerebrales*. El Reglamento determinará las condiciones para diagnosticar la muerte cerebral y las pruebas para confirmar dicho diagnóstico". (Destacado nuestro)

[741] "Cuando un órgano único, vital, va a ser transplantado, la muerte del donante debe haber sido certificada por tres médicos distintos a él o los médicos del receptor. La certificación de la muerte del donante exigirá que los criterios prevalecientes en la profesión médica muestren que aquel ha sufrido un *daño irreversible de las funciones cerebrales*". (Destacado nuestro).

[742] Véase: Antequera Parilli, *Ob. Cit.,* p. 125.

[743] *Ibid*., pp. 130 y 131.

[744] Véase *infra* N° III.2.3.2.

[745] Frosini, *Derechos*..., p. 169.

[746] Gilsanz, *Ob. Cit.,* p. 28.

[747] Gafo, *Ob. Cit.,* p. 326.

tecnologías"[748]. Podríamos agregar que esa vida, según indicamos, no es tal, pues ya ha acontecido la muerte sustancial. Sin embargo, tales avances encontraron aplicación y utilidad en el área de los trasplantes.

En efecto, el concepto de muerte cerebral se torna particularmente importante en el ámbito de los trasplantes de órganos[749], porque se precisa mantener las funciones respiratoria y cardíaca en el sujeto que ha perdido la actividad cerebral a los fines de lograr la oxigenación y preservación del órgano que será objeto de trasplante. De lo contrario sería imposible la realización exitosa del trasplante en seres humanos extraída de cuerpos cadavéricos[750]. La extracción del órgano debe acontecer previamente a la falta de oxigenación y descomposición, por lo que es necesario mantener las funciones vitales a pesar de la muerte cerebral; el criterio de la muerte clínica es contrario a la propia dinámica de los trasplantes de órganos. La identificación de la muerte con este concepto de muerte cerebral ha sido reforzada con la introducción de los trasplantes de órganos debido a que algunos de ellos (riñón) sólo pueden ser extraídos en buen estado, cuando la muerte cerebral se produce y antes de que el corazón deje de latir, pues el cirujano extrae el órgano cuando todavía está siendo oxigenado. Ante este fenómeno dejan de tener validez los criterios tradicionales de muerte, la ausencia de pulso y la detención de la respiración[751].

"Los programas de trasplantes de órganos periféricos, se basan en el concepto de muerte cerebral, ya que para su buen éxito requieren órganos sanos. Para ello es menester el diagnóstico temprano de la muerte del cerebro, antes de que falle la circulación general"[752]. La realización de trasplantes requiere de órganos en debidas condiciones de utiliza-

[748] Comesaña Santalices, *Ob. Cit.,* p. 116.
[749] El trasplante consiste en separar un órgano o miembro vivo de un cuerpo e implantarlo en otro cuerpo vivo. Véase: Bravo Casas, *Ob. Cit.,* p. 36. Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Algunos aspectos...*, pp. 228 y 229, "La distinción se torna importante en materia de trasplantes de órganos donde nuestra legislación se adhiere a la distinción entre muerte clínica y cerebral porque a los efectos de trasplantes, el criterio de la muerte cerebral permite mantener latentes por medios artificiales las funciones vitales no obstante haber cesado la actividad cerebral del individuo y en consecuencia tratarse de un cuerpo irrecuperable"
[750] Véase en este sentido: Kummerow, *Ob. Cit.,* p. 62, refiere que resulta fundamental precisar si el proceso de muerte es irreversible pero en caso de trasplantes de órganos se requiere de la disponibilidad de los órganos en una etapa del proceso en que la muerte no se haya cumplido enteramente pues sería absurdo utilizar las piezas si la descomposición ha operado.
[751] Borda Medina, *Ob. Cit.,* pp. 52 y 53.
[752] Ghersi, *Ob. Cit.,* p. 170.

ción[753]. La comprobación de la muerte constituye, por tanto, el presupuesto jurídico de la operación del cadáver[754]. El conocimiento del momento exacto de la muerte es decisivo cuando se espera ésta, para tomar órganos vitales del cadáver a fin de practicar un trasplante: el órgano ha de extraerse sin la menor dilación para evitar los daños provenientes de la falta de riego sanguíneo[755].

"El criterio neurológico de la muerte tiene incidencia directa en materia de trasplantes de órganos, dado que el éxito de éstos depende en gran medida de la rapidez con que se efectúe la ablación. Aquí entra en juego un equilibrio muy delicado. En efecto, por un lado, es necesario que se haya constatado la muerte antes de proceder a la ablación. Nada justificaría que se sacrifique una vida por salvar a otra, puesto que las dos tienen el mismo valor o dignidad. Pero al mismo tiempo, y desde que la muerte ha sido constatada, hay que actuar lo más rápidamente posible si se quiere que el trasplante sea factible"[756].

Según indicamos, el artículo 15 de la Ley sobre Trasplantes de Órganos permite la extracción de los órganos en función de la distinción entre muerte clínica y cerebral, con las precisiones que indicamos. Al efecto, nos comenta el neurólogo Juan Antonio Acosta la importancia de la distinción en materia de trasplantes: El diagnóstico de muerte cerebral permite al médico interactuar con los familiares para indicarle el pronóstico y la ausencia de posibilidad de recuperación. Si el paciente quería donar sus órganos o sus familiares así lo desean, entonces se involucra al equipo de trasplante, pero si no lo desean, se aconseja la desconexión de todo medio de soporte adicional. Una vez que la muerte cerebral haya sido declarada, existe muy poco tiempo para mantener a un individuo vivo aun con medidas de sostén. Es fundamental comunicar la situación a los familiares e informarles la importancia del trasplante de órganos pues el tiempo es factor fundamental en el éxito del mismo. Debemos recordar que un sujeto previamente sano a quien se le haya diagnosticado muerte cerebral, puede dar vida a más de 5 individuos que requieran diferentes órganos para trasplante. Esta es una de las razones por las cuales el diagnóstico temprano y la preservación de

---

[753] Bueres, *Ob. Cit.,* p. 162.
[754] Frosini, *Derechos...*, p. 171.
[755] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 28.
[756] Andorno, *Bioética...*, p. 150.

funciones vitales es fundamental en un paciente con muerte cerebral[757]. De manera que la preservación de las funciones vitales en caso de muerte cerebral permite a los médicos indagar sobre las posibilidades de dador de quien se trate antes de que sus órganos no puedan tener un sentido útil o humanitario.

Pareciera necesario informar claramente a los familiares de quien presenta muerte cerebral, en que consiste la misma y lo lejos que está de otras situaciones límites que amparan alguna esperanza. Ello a fin de que realmente se entienda y se tome conciencia de que el sujeto ha muerto y que tal situación podría revertirse en beneficio de quienes esperan un trasplante. Al parecer, no existe en nuestro país una cultura desarrollada en este sentido[758].

En opinión de Ghersi el concepto de muerte cerebral es adoptado sólo a los fines de efectuar trasplantes de órganos y no produce efecto alguno respecto a la transmisión de la herencia, la que sólo tendrá lugar una vez acaecida la muerte[759]. Agrega que el cuerpo de un muerto cerebral no es un cadáver, ya que la circulación se mantiene y por tanto no se puede proceder a su inhumación[760], por lo que "para enterrar el cuerpo es condición necesaria el paro cardíaco"[761]. De allí que

---

[757] Opinión del Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurología Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05). Agrega el doctor Acosta que es un deber de todo médico explicar a los familiares la situación y captar la voluntad de los mismos en relación con el trasplante de órganos. Existe un mito o tabú en relación a los trasplantes de órganos en nuestra sociedad y los galenos tenemos la responsabilidad de intervenir para que de una vez por todas podamos cambiar esta cultura.

[758] Véase: Provea. Informe Anual. *Derecho a la Salud*, p. 188 y 28 en la web, www.**derecho**s.org.ve/publicaciones/infanual/2005_06/pdf/salud.pdf se indica que la limitada realización de trasplantes de riñón responde a las dificultades encontradas para que los familiares de personas con muerte cerebral otorguen su consentimiento para la extracción de órganos; en el año 2005, 42 familias se negaron a donar órganos de parientes fallecidos según informa la Dirección de Trasplantes del Hospital Universitario de Caracas.

[759] Ghersi, *Ob. Cit.,* pp. 170 y 171.

[760] *Ibid*., p. 172.

[761] Gherardi, Carlos: *La muerte cerebral y la muerte*, En: Medicina, vol. 57, N° 1, Órgano de la Sociedad Argentina de Investigaciones Clínicas, Buenos Aires, 1997, p, 15 (Citado por Blanco, *Ob. Cit.,* p. 15).

la correspondiente constancia de defunción se expida una vez acaecida la muerte clínica[762]. Al efecto, indica Aguiar-Guevara que se hace irremediablemente indispensable que el corazón deje de funcionar a los fines de que el médico firme el certificado de defunción pues ¿Alguna vez se ha visto a un paciente con muerte cerebral a quien todavía le late el corazón ser colocado en una urna o acaso algún médico ha firmado certificado de defunción en caso de muerte cerebral pero con función cardíaca vigente?[763].

Sin embargo, Aguado Borrajo señala que debería fijarse como momento legal de la muerte del inicio del coma irreversible documentadamente probado bajo electroencefalograma plano[764]. El Derecho necesita –lo mismo que la Medicina– un concepto de muerte que se entienda como límite y no como un proceso. Por otra parte no hay ninguna modificación metodológica en lo referente a la determinación de la muerte; se trata siempre de localizar y de fijar el punto en un suceso individual irreversible y decisivo; el único de estas características del que en la actualidad se dispone es el cese total de la actividad cerebral. Si se guarda fidelidad a tal método de determinación de la muerte, el Derecho deberá reconocer en lo sucesivo la muerte cerebral, pues el con-

---

[762] Opinión de los doctores José Gregorio Calderón Villegas (MSDS 51.304, consulta realizada el 16-11-05), Nairobi Molina (MSDS 49.071, consulta realizada el 23-12-05) y Julio Torrealba Sánchez (MSDS 33.160, consulta 28-12-05). Véase igualmente: opinión del Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurología Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05), indica que tiene que haberse declarado la muerte cerebral para poderse proceder al trasplante y después de este entonces declararse muerte clínica; no se puede declarar muerte clínica en el momento que se haya hecho el diagnóstico de muerte cerebral.

[763] Aguiar-Guevara, *Ob. Cit.,* p. 595. Vale también citar la opinión que nos manifestó el Dr. Aguiar-Guevara quien es médico y abogado: El certificado de defunción SOLAMENTE se puede (legalmente) suscribir cuando existe muerte clínica o biológica (cese definitivo de todas las funciones vitales). Lo que existe es una fantasía de ley para permitir la extracción de órganos en ciertos casos de muerte cerebral (consulta realizada el 14-12-05).

[764] Véase: Aguado Borrajo, Pilar: *Conductas eutanásicas.* Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón N° 166, IIIa Epoca, septiembre 2004, p. 15. En: www.reicaz.es/circubol/boletcol/bolc0166/bolc0166.pdf (La autora es médico y abogada española).

cepto jurídico de muerte sólo puede señalar un punto final de la vida absolutamente irreversible[765].

En este sentido, la Ley sobre Trasplantes de Órganos en su artículo 16 alude expresamente a que los órganos, tejidos o derivados podrán ser retirados de "*cadáveres*" en los supuestos de muerte clínica y cerebral. De manera que nuestra normativa de trasplantes alude expresamente a "*cadáver*" para referirse a quien está afectado de muerte cerebral. Y ello es lógico si se piensa que la extracción de los órganos también se hace bajo el criterio de la muerte cerebral de conformidad con el artículo 15 *eiusdem*.

Al efecto, nos comenta el neurólogo Juan Antonio Acosta que "El criterio de muerte cerebral es un criterio clínico, inicialmente establecido para ayudar a los médicos en tomar decisiones y no necesariamente para ser utilizado exclusivamente para trasplante de órganos"[766]. En este sentido se señala que la evolución de la definición de muerte basada en el funcionamiento de todo el cerebro puede interpretarse como el paso a una definición basada en la vida, pues la controversia de la definición radica en saber cuando termina la vida biológica o más bien saber cuando se deja de existir como persona[767].

Sin embargo, podemos admitir que a pesar de que la muerte cerebral es importante a los efectos de trasplantes, desde un punto de vista sustan-

---

[765] Véase: Banda Vergara, Alfonso: *Consideraciones sobre trasplantes de órganos y derecho a la vida*. En: Revista de Derecho Valdivia Vol. 8, N° 1, Chile, Diciembre, 1997, pp. 19-60, http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000200002&lng=es&nrm=iso , el autor cita a Hans Lüttg, y agrega que "Actualmente sería arbitrario ver en el cese de la respiración y los latidos del corazón el criterio decisivo para caracterizar la muerte. Diversa es la cuestión respecto del cese del cerebro; la extinción de la función cerebral es irreversible; el cerebro no puede reemplazarse con aparatos; después de la muerte cerebral la reanimación sólo puede prolongar el momento de la desintegración total, pero no puede impedirla. En función de estos conocimientos, el rol que se asignó al cese de la respiración y la circulación se atribuye ahora a la extinción de la función cerebral; esta simboliza ahora la muerte del hombre. Vincular a ella los conceptos jurídicos es legítimo".

[766] Opinión del Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurología Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05).

[767] Escobar Triana, *Ob. Cit.,* p. 37, el autor cita a Engelhardt.

cial existe muerte[768], razón por la cual la propia ley autoriza la extracción de los órganos. De allí que dicho criterio debe ser considerado a los efectos de diversas situaciones jurídicas que pudieran presentarse. Así por ejemplo, en caso de desconexión a los soportes artificiales de vida, si bien pudiera existir responsabilidad civil en el caso concreto, con ocasión de los daños materiales y morales derivados de la imposibilidad del trasplante, no existirá en tal caso responsabilidad penal, pues ciertamente el sujeto se encuentra muerto desde el punto de vista cerebral o sustancial[769]. De existir una diagnóstico de muerte cerebral, ciertamente la persona está sustancialmente muerta[770].

De tal manera que el concepto de muerte cerebral como sinónimo de muerte sustancial podrá encontrar aplicación a fin de despejar interrogantes en el ámbito jurídico. Se ha indicado que no sería arbitrario, por ejemplo, aplicar prudentemente el concepto de muerte cerebral a otras situaciones como el retiro de medios de soporte vital en un individuo

[768] Véase opinión del Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurología Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05), La ciencia médica considera que si el cerebro ha muerto, la respiración deja de ocurrir y por lo tanto todos los otros órganos terminaran deteniéndose. *En otras palabras, no existe vida desde un punto de vista biológico*. Por el contrario, el otro criterio de muerte incluye el cese de actividad cardiorespiratoria como son respiración y latidos cardiacos.

[769] En materia penal ello constituye el supuesto de delito imposible. Véase: Aguiar-Guevara, *Ob. Cit.,* p. 596, concluye que si el médico, familiar o tercero desconecta la máquina para producir la muerte biológica no se trata del supuesto contemplado por el artículo 407 (actual 405) del Código Penal. Así mismo nos refirió el autor que la aplicación del concepto de "cadáver" respecto del cuerpo con muerte cerebral podría ser importante en algunas ocasiones; así por ejemplo, como decimos que no puede haber delito de homicidio respecto del mismo, la realización de relaciones sexuales plantearía la distinción entre violación y profanación de cadáver, según nos comentaba el médico y abogado Rafael Aguiar-Guevara (conversación telefónica 15-11-05). Sobre la profanación de cadáveres, véase *infra* III.3.4.2..

[770] Véase decisión judicial con referencia a la posibilidad de diagnosticar en el caso concreto "muerte cerebral"; Juzgado Décimo de Primera Instancia en Funciones ee Control del Circuito Judicial Penal del Estado Táchira, Sent. 15-8-06, Exp. N°. 10C-4409-06 http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2006/agosto/1377-15-10C-4409-06-.html "ACTUALMENTE NO HAY SIGNOS DE ACTIVIDAD CEREBRAL. SE DISCUTE EN ESTE MOMENTO EL EQUIPO MEDICO EL DIAGNOSTICO DE **MUERTE CEREBRAL**... por la comisión de los delitos de TRATO CRUEL y HOMICIDIO INTENCIONAL EN GRADO DE FRUSTRACION...". (Destacado nuestro) Vale observar que de existir muerte cerebral la irrecuperación sería imposible y no estaremos ante un homicidio frustado sino consumado.

considerado legalmente muerto que no revista carácter de dador[771]. Podríamos decir entonces que aunque se afirme que el cuerpo de quien presenta muerte cerebral no es aun un cadáver[772] hasta el advenimiento de la muerte de la clínica –aunque ello es discutible según indicamos en función del propio artículo 16 de la Ley sobre Trasplantes de Organos– tal sujeto está sustancialmente muerto, en consecuencia haciendo la salvedad de la materia relativa a los trasplantes, es legítima y médicamente procedente el retiro de medios artificiales de vida. Repetimos que en modo alguno se presenta en tal supuesto una problemática similar a la del enfermo terminal.

Y es que en definitiva, en la muerte cerebral existe realmente muerte o desaparición de la existencia humana, de allí que ello se proyecte en diversas situaciones jurídicas y no exclusivamente en materia de trasplantes de órganos, no obstante la necesaria certificación posterior –que actualmente se precisa– de muerte clínica o cesación de las funciones vitales. Pensamos, sin embargo, que ciertos problemas jurídicos fundamentales donde sea importante el tiempo o determinación de la muerte, pudieran ser resueltos en función del criterio médico de la "muerte cerebral"[773]. Por ejemplo, ¿por qué no considerarla a los fines de desvirtuar la presunción de conmoriencia o muerte simultánea?[774].

La desconexión es pues consecuencia necesaria de la muerte cerebral si no va proceder el trasplante. Pues "Continuar con la ventilación mecánica hasta que el corazón se detenga, lo cual puede llevar horas, días o semanas, no favorece ni al fallecido, ni a la familia, ni al equipo de salud ni a la Medicina. Tratar a un ser humano muerto como si estuviese vivo es una distorsión grave del quehacer médico, que viola el princi-

---

[771] Blanco, *Ob. Cit.,* pp. 19 y 20. Véase en el mismo sentido: Opinión del doctor José Gregorio Calderón Villegas, MSDS 51.304 (consulta realizada el 16-11-05). Véase: Aguiar-Guevara, *Ob. Cit.,* p. 589, "Debemos aceptar igualmente, que el fallecimiento o cesación irreversible verificado de la función cerebral marca definitivamente un punto del cual (quizas, ¡la fe nunca se pierde!) sabemos no podrá regresar, señalando al médico el momento en el que cualquier forma de tratamiento o sostenimiento artificial de la "vida" se hace innecesario y por demás doloroso, si no para el paciente, con seguridad, sí para los familiares".

[772] No obstante que el artículo 16 de la Ley sobre Trasplantes de Órganos se refiera expresamente a "*cadáver*".

[773] De ser declarado "legalmente" con las debidas garantías indicadas *supra*, aun cuando no se trate a los efectos de trasplantes de órganos.

[774] Véase *infra* N° III.4.3.

pio ético de justicia distributiva al ocupar recursos tecnológicos que podrían ser asignados a un paciente vivo”[775].

Esta problemática es producto de los importantes avances científicos reflejados en una ley que reconoce dos criterios diversos de muerte que coinciden en esencia en uno solo; se está sustancialmente muerto cuando ha cesado en forma irreversible la actividad cerebral, aunque posteriormente por efecto de ésta, como es natural, se refleje inevitablemente el cese del resto de las funciones del organismo humano como son las vitales. Recordemos que a veces, la mera cesación de las funciones vitales no es sinónimo de muerte, porque es posible –como indicamos[776]– que en tal caso el sujeto sea reanimado pues sigue latente su actividad cerebral, sin que vea afectada su personalidad la cual ciertamente no admite intervalos de intermitencia. De tal forma que la muerte clínica será la necesaria consecuencia de la cesación irreversible de la función cerebral. No por ello sin dejar de admitir la dificultad en la precisión de los conceptos de muerte, por tratarse de una materia inherente al campo de la ciencia médica y que a su vez queda subordinada a los posibles avances que pudieran sobrevenir en el ámbito científico y tecnológico. Sin embargo, no queda más remedio al jurista, que presentar una visión actual de la muerte, con el riesgo –del cual escapan muy pocas instituciones– de quedar relegada en un futuro próximo por los avances de las disciplinas cercanas[777].

Valen en este sentido las consideraciones de Diego Gracia: “La muerte es un hecho cultural, humano. Tanto el criterio de muerte cardiopulmonar como el de muerte cerebral y el de muerte cortical son constructos culturales, convenciones racionales, pero que no pueden identificarse

---

[775] Angiola, Silvia: *La muerte y los límites de la medicina*. En: http://www.monografias.com/trabajos3/muertemed/muertemed.shtml

[776] Véase *supra* N° III. 2.3.1.

[777] Resultan interesantes a titulo de reflexión las palabras de Tobías, en su trabajo “Fin de la existencia de las personas físicas” citado por Morello: Parece prudente –al menos en este estado de la arrolladora evolución de las ciencias biológicas– en los niveles diversos que describe el proceso de la muerte (muerte cerebral o encefálica, cese de la actividad cardiaca o respiratoria, la rigidez cadavérica, extinción del sistema nervioso central, etc.) condicionar la rotundidad del concepto. Que se adscribe, sin la deseada seguridad, a diversos sistemas y ordenamientos legales, en los que coexisten métodos y criterios tradicionales con otros de vanguardia en los que las explicaciones clásicas, sin emprender retirada definitiva, se mixturan con otras *in fieri* para adecuar el concepto de muerte. (Morello, *El fin...,* p. 82.)

sin más con el concepto de muerte natural. No hay muerte natural. Toda muerte es cultural. Y los criterios de muerte también lo son. Es el hombre el que dice qué es la vida y qué es la muerte. Y puede ir cambiando su definición de estos términos con el transcurso del tiempo. Dicho de otro modo: el problema de la muerte es un tema siempre abierto. Es inútil querer cerrarlo de una vez por todas. Lo único que puede exigírsenos es que demos razones de las opciones que aceptemos, que actuemos con suma prudencia. Los criterios de muerte pueden, deben y tienen que ser racionales y prudentes, pero no pueden a aspirar nunca a ser ciertos"[778]. Cada época se vale de las nociones de certidumbre que han alcanzado para resolver sus problemas; cada época Igualmente, debe asumir el peso de sus responsabilidades con los medios que progresivamente resulten disponibles y no puede diferir hasta el infinito porque un día tendrá ideas más claras y perfectas[779]. Vale recordar las acertadas ideas de Romero Casabona en el sentido de que si algún día la ciencia médica varía el concepto de muerte cerebral porque ésta pierda el carácter irreversible, la ley deberá adecuarse a tal realidad[780]. La vida, en un sentido figurado, es un riesgo progresivo siempre con posibilidades de perfeccionarse, y eso es igualmente trasladable al ámbito médico y jurídico. El perfeccionismo paralizante por el cual no se avanza en búsqueda de la perfección tiene límites que impone la propia dinámica de la vida y de la ciencia.

Sin embargo, hasta que la medicina nos guíe por otro camino, en el estado actual de la ciencia y la legislación el citado criterio se aprecia a nivel general. La distinción entre muerte clínica y muerte cerebral consagrada en nuestro ordenamiento[781] ha sido adoptada en diversas legislaciones a los fines indicados relativos al trasplante de órganos. En ese sentido, se orienta entre otros la legislación de Colombia[782], Chile[783],

---

[778] Véase: Gracia Diego. *Etica de los confines de la vida.* Ed. El Buho. Colombia 1998, citado por: Gherardi, Carlos: *Muerte Cerebral: Una mirada crítica y reflexiva*. En: http://www.medicosecuador.com/espanol/articulos_medicos/68.htm. También citado por Gafo, *Ob. Cit.,* p. 333.

[779] G. Perico, citado por Gafo, *Ob. Cit.,* p. 334. Gafo adicionalmente comenta que bloquear los trasplantes de órganos por la búsqueda de una certeza absoluta a la que quizás nunca podrá llegar la medicina, sería cerrar la puerta a uno de los mejores gestos de solidaridad que se puede prestar con el cadáver (*ídem*).

[780] Romeo Casabona, *Los Trasplantes*..., p. 65. Véase *supra* N° III.2.3.1.

[781] Véase *supra* N° III.2.3.1.

[782] Véase Borda Medina, *Ob. Cit.,* pp. 54, 55 y 66: Andorno, *Bioética*...,, p. 151.

[783] Véase: Ducci Claro, *Ob. Cit.,* p. 99; http://escuela.med.puc.cl/publ/manualUrologia/TransplanteRenal.html

Argentina[784], España[785] e Italia, siendo ésta última –a decir de Frosini– la primera nación europea en legislar sobre el régimen de los trasplantes de órganos[786]. En Estados Unidos de Norteamérica se acepta tal distinción que data de la década de los sesenta, siendo los criterios de Harvard los que dieron paso al coma *depasse*[787]. En China[788] y Japón[789] también llama la atención la posibilidad de consagrar la muerte cerebral a los fines de los trasplantes de órganos. El derecho islámico, no obstante estar asociado a la religión, a pesar de mostrarse inicialmente hostil a la posibilidad de trasplantes de órganos, presenta recientemente una ligera aceptación hacia la donación de órganos[790] bajo ciertas

[784] Ghersi, *Ob. Cit.,* p. 171; Bueres, *Ob. Cit.,* p. 164.

[785] Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 54; Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 306, nota 1. Véase: Casado: María: *Las leyes de la bioética*. España, edit. Gedisa S.A., 2004. (con la colaboración de Salvador Darío Bergel, Mariana Doberning, Gonzalo Figueroa Yañez y Ana Sánchez Urrutia), p. 40, la nueva normativa española pretende adaptarse a los avances científicos a fin de determinar la muerte por el cese de las funciones encefálicas de manera irreversible.

[786] Véase: Frosini, *Derechos...*, p. 170.

[787] Véase: Gherardi, Carlos: *Muerte Cerebral: Una mirada crítica y reflexiva*. En: http://www.medicosecuador.com/espanol/articulos_medicos/68.htm Eminentes médicos del Massachusetts General Hospital, un Comité. ad-hoc de la Escuela de Medicina de la Universidad de Harvard dirigido por Henry Beecher– hasta el momento coordinador de un grupo que estudiaba las cuestiones éticas referidas a la experimentación en seres humanos– e integrado por diez médicos con la asistencia de un abogado, un historiador y un teólogo aconsejaron rápidamente en una publicación del 5 de Agosto de 1968, una nueva definición de muerte basada en la irreversibilidad del daño cerebral. Véase: Andorno, *Bioética...*, p. 149, Aunque recordemos que la distinción tuvo su origen realmente en la década de los cincuenta, pues en 1959 Mollaret y Goulon usaron el concepto. Véase también consideran su origen en la década de los cincuenta: Gafo, *Ob. Cit.,* pp. 325 y 326.

[788] *Véase:* http://fpspa.peopledaily.com.cn/200208/30/sp20020830_57295.html (consulta en 2004) se indica que en el trabajo clínico de China, el cese de la respiración y de los latidos del corazón todavía se asumen como único criterio para certificar la muerte. Shen Zhongyang (experto en trasplantes de órganos) abogó por una adopción urgente de la legislación sobre la muerte cerebral. Los círculos médicos internacionales consideran la pérdida irreversible y permanente de las funciones del sistema nervioso, el cerebelo y el cerebro como criterio para dictaminar la muerte. Una encuesta mostró que China tiene 1,5 millones de pacientes que necesitan trasplantes de órganos, pero solamente 13.000 pacientes pueden someterse a tales operaciones debido a la escasez de órganos. http://fpspa.peopledaily.com.cn/200307/17/sp20030717_66209.html (consulta en 2004)

[789] Véase: http://www.ryukyushimpo.co.jp/spanish/s-news/970528s.htm pues la tardanza en la aprobación ha propiciado situaciones que bien hubiesen podido evitarse en materia de trasplantes de órganos. (consulta en 2004).

[790] Véase:http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/22615d8045206c9b41256559002f7de4/a1074f20d99ad1764125664b004fb890?OpenDocument En la doctrina islámica se destaca la necesidad de mantener la integridad del cuerpo al sepultarlo y algunos continúan oponiéndose a esa práctica. Otros entes religiosos han dado el visto bueno a la donación de órganos y la materia de los trasplantes. Véase: http://www.sat.org.ar/pub/religion.htm El Concilio Musulmán Religioso inicialmente rechazó la donación de órganos por los seguidores del Islam en 1983, pero ha revertido su posición, siempre que los donantes consientan por escrito de antemano. (consulta en 2004)

condiciones dentro del derecho musulmán, alegándose que el Corán no establece ninguna prohibición en este sentido[791].

Se aprecia así en los diversos ordenamientos una tendencia general a la consagración legislativa de la muerte cerebral[792], con miras a la utilización del cadáver, a saber, del cuerpo de quien fue persona, en provecho de la humanidad[793]. El cadáver representa toda una serie de nuevas oportunidades que se abren en beneficio de los que aun siguen viviendo, dando lugar a toda una terapéutica póstuma[794]. De manera paradójica es la propia muerte quien mejor ayuda a la vida, siendo innegable la extraordinaria difusión y buena acogida de que disfrutan las diferentes utilizaciones cadavéricas[795].

Nos comenta el neurólogo Juan Antonio Acosta que la importancia de la distinción entre muerte clínica y cerebral se está proyectando inclusive en el ámbito religioso y filosófico[796]. Agrega el Doctor Acosta que "la muerte trasciende el mundo médico para tener una serie de connotaciones que es importante destacar igualmente. Algunas religiones no aceptan estos criterios, alegándose que tiene que haber un cese de latidos cardíacos antes de que se pueda aceptar que alguien ha muerto. Sin embargo, el espíritu, el alma simplemente ya no existen cuando alguien ha muerto cerebralmente. Por lo tanto, ciertamente desde el punto de vista médico la muerte cerebral supone la muerte sustancial de la persona, pues sin lugar a dudas no existe posibilidad de "retorno" a la vida

---

[791] Véase: http://www.sat.org.ar/pub/religion.htm.Los órganos de donantes musulmanes deben ser trasplantados inmediatamente y no deben almacenarse en bancos de órganos. Según Dr. Abdel-Rahman Osman, Director de la Comunidad Central Musulmana en Maryland, "Nosotros no tenemos ninguna política contra la donación de órganos, siempre que se haga con respeto por el difunto y para beneficio del receptor". Véase también: http://www.oya-es.net/reportajes/donacion.htm (consulta en 2004)

[792] Véase: Andorno, *Bioética*..., p. 151, la identificación de la muerte cerebral con la muerte es actualmente aceptada por la inmensa mayoría de los especialistas y consagradas por leyes sobre trasplantes de órganos en casi todo el mundo.

[793] Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional , sent. N° 1453 del 27-07-06, en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1453-270706-04-1078.htm relativa a los trasplantes de órganos con especial referencia al trasplante de córnea, considerando que se "...el permiso de entrada a los depósitos de cadáveres, no puede ser una traba que atente contra la salud de la población".

[794] Diez Diaz, *Ob. Cit.,* p. 325.

[795] *Ídem*.

[796] Véase: Comesaña Santalices, *Ob. Cit.,* p. 116, efectivamente en su reflexión filosófica sobre la muerte, la autora alude a la muerte cerebral, indicando que el establecimiento legal de la misma tiene lugar porque el mantenimiento de la "vida" existe en función de la tecnología.

plena en alguien que tenga muerte cerebral"[797]. De tal suerte, que respecto de esta última no caben discusiones sobre la prolongación de la vida de la persona.

Finalmente, consideramos necesario recalcar que la noción de muerte cerebral no debe confundirse con otras situaciones médicas enteramente distintas en las que precisamente no ha acontecido la muerte, aunque la misma sea anhelada o recomendable. Nos referimos a los supuestos que rodean al paciente terminal y que nos colocan frente temas álgidos como la eutanasia[798], la distanasia[799] o la ortotanasia[800]. Contrariamente, en tales casos, el problema radica en la discusión relativa a si se podrá o deberá acelerar la muerte –aun cuando sea a petición del interesado– en situaciones límite donde la posibilidad de recuperación es nula y se hace penosa la vida misma[801]. Tal caso, como se aprecia, es

---

[797] Dr. Juan Antonio Acosta Guillén, MSDS 41.900, Médico-Cirujano Universidad Central de Venezuela año 1992, Neurología Harvard Medical School 2001 (consulta realizada el 10-12-05)

[798] La *eutanasia* consiste básicamente en propiciarle la muerte a un paciente terminal a petición de éste a fin de culminar con el sufrimiento. Se distingue del homicidio por piedad en el que no media la petición del enfermo terminal y del suicidio asistido en el que a pesar de contarse con el consentimiento de la persona, no se está en presencia de un paciente próximo a la muerte. El caso de Ramón San Pedro constituye técnicamente un suicidio asistido por cuanto no se trataba de un enfermo terminal. Véase: Gafo, *Ob. Cit.,* p. 94.

[799] La *distanasia* es la prolongación artificial de la vida a toda costa mediante la utilización de medios ordinarios y extraordinarios. Véase sobre la misma, Kraut, *Ob. Cit.,* p. 84. Véase también: artículo 79 del Código de Deontología Médica: "El enfermo tiene derecho a exigir que durante su tránsito final no exceda la 'ciencia', el 'arte' de la medicina. En otras palabras: que e*l conocimiento científico y las habilidades técnicas del médico no excedan en momento alguno el carácter humano de la ayuda profesional*".

[800] La *ortotanasia* se traduce en el derecho a morir con dignidad, a saber, el derecho a morir en paz. El art. 77 del Código de Deontología Médica que indica: "*el moribundo tiene derecho a exigir que se le permita morir sin la aplicación indiscriminada de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida, respetándose también su decisión de que no le sean aplicadas medidas de reanimación. El desatender este deseo puede considerarse como una violación a los derechos del enfermo a morir en paz. La interrupción de las medidas extraordinarias no exonera al médico de su obligación de asistir al moribundo y suministrarle la ayuda necesaria para mitigar la fase final de la enfermedad*". El art. 81 *eiusdem* indica que "*el médico que atiende enfermos irrecuperables no está obligado al empleo de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida. En estos casos, de ser posible, oirá la opinión de otro u otros profesionales de la medicina. El médico cumplirá igualmente lo que indique el Reglamento de la ley de ejercicio de la medicina*". En el mismo sentido se pronuncia el art. 28 de la Ley de ejercicio de la Medicina.

[801] Véase nuestro comentario en: Domínguez Guillén, *Algunos aspectos...*, p. 228, "La muerte cerebral supone pues la muerte sustancial del ser humano a pesar de que se puedan mantener a efectos de trasplantes sus funciones vitales. Se presenta así la muerte cerebral como la cesación de la actividad cerebral en forma irreversible no obstante seguir activas las funciones vitales. La muerte cerebral en modo alguno puede confundirse con situaciones extremas que pueden presentarse en caso de enfermos terminales y nos ubican frente a la problemática de la eutanasia y ortotanasia".

ajeno a la muerte cerebral, porque en ésta precisamente el ser ha fenecido desde el punto de vista sustancial. La eutanasia plantea un problema mucho más intenso que la muerte cerebral, precisamente porque el sujeto sigue con vida, aun cuando se discuta la calidad de ésta. Sin embargo, la problemática que se deriva de tales circunstancias constituye una materia ajena al tema que nos ocupa, y entra en el ámbito de los derechos de la personalidad, específicamente al derecho a la vida, al cual ya nos hemos referido en otras oportunidades[802]. Referimos así la eutanasia[803] y el derecho a morir con dignidad denominado también "or-

[802] Véase nuestro trabajo: *Aproximación al estudio...,* pp. 135-150.

[803] Véase sobre la eutanasia: Borda Medina, *Ob. Cit.,* pp. 23-48; Gracia, Diego: *Historia de la eutanasia*. En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, pp. 13-32; Ansuategui Roig, Francisco Javier: *Eutanasia: Dilemas relevantes.*. En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 87-122; Calsamiglia, Albert: *Sobre la Eutanasia*. En: Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas. Rodolfo Vázquez (compilador). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 150-175; Barrenechea, Juan José: *Aspectos legales de la eutanasia.* En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, pp. 87-94; Fernández García, Eusebio: *Dignidad humana y eutanasia.* En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 27-45; Gutierrez Jaramillo, Javier: *Eutanasia activa en pacientes terminales*. En: www.hemeroteca.icfes.gov.co/revistas/comedica/Vol28No3/eutanasia.html; Marin G., José A.: *La Eutanasia desde la perspectiva del derecho comparado*. Especial atención a los casos holandes y norteamericano.. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. N° 85, 1994-95, pp. 139 y ss.; Juanatey Dorado, Carmen: *Derecho, suicidio y eutanasia.* Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, 1994; Massini Correas, Carlos I. y Pilar Zambrano: *Vida Humana, autonomía y el final de la existencia: ¿Existe un derecho a disponer de la propia vida?*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, pp. 105-137; Peces-Barba, Gregorio: *La eutanasia desde la filosofía del Derecho.* En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 13-26; Porras del Corral, Manuel: *Eutanasia: Un debate abierto.* En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 153-182; Masiá, Juan: *¿Eutanasia o buena muerte? Cuestiones éticas más allá y más acá de la muerte?*. En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, pp. 125-145; Aguiar-Guevara, Rafael: *Eutanasia: mitos y realidades*. Caracas, edit. TAMHER C.A., 2003; Farrel, Martín D.: *Apresurando la propia muerte*. En: Perspectivas Bioéticas en las Américas. Argentina, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Año 1, N° 1, Primer Semestre de 1996, pp. 92-99; Farfán Molina, Francisco: *Eutanasia, derechos humanos y ley penal. Un estudio sobre el derecho a disponer de la propia vida.* Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996; Dworkin, Gerald y otros: *La eutanasia y el auxilio médico al suicidio*. Madrid, Lavel S.A, Primera edición en Cambridge University Press de 1998, 2000. Traducción Carmen Francí Ventosa; Baena, Cecilia y otros: *La eutanasia II (trabajo monográfico)*. En: www.lucas.simplenet.com/trabajos/eutanasia2/eutanasia2.html; Gascón Abellán, Marina: *¿De qué estamos hablando cuando hablamos de eutanasia?*. En: www.fundacionmhm.org/pdf/Numero1/Articulos/articulo1.pdf ; Cruz Prada, Pedro Arturo: *Algunas consideraciones en torno al derecho a la vida y la eutanasia.* En: http://www.monografias.com/trabajos/eutanasia/eutanasia.shtml

totanasia"[804] como una proyección del derecho a vivir[805]. Sin embargo, tales consideraciones escapan del objeto de nuestra tesis por lo que prescindiremos en esta oportunidad de acercarnos a tales tópicos.

3. EFECTOS JURÍDICOS DE LA MUERTE

La muerte, como hecho jurídico que suprime la subjetividad humana, es fuente de múltiples efectos que interesan al jurista. Son importantes las secuelas que se manifiestan en el ámbito legal como consecuencia necesaria de la existencia jurídica de quien era sujeto de derecho. La personalidad, aun cuando fuera pretérita, deja latente algunos elementos o situaciones que no pueden desconocerse, de allí que se aluda a "los efectos jurídicos" de la muerte.

La muerte es el fin de la persona física y con la desaparición del sujeto cesan los derechos que iban unidos al mismo: pero mientras unos se extinguen completamente, otros se transmiten a sus sucesores. Luego de la muerte no puede hablarse ya de persona y de sujeto, y no puede hablarse aun cuando el derecho consienta la tutela jurídica de la memoria del difunto[806].

La muerte extingue la personalidad, pero la personalidad extinguida proyecta eficazmente su relevancia jurídica, más allá del límite temporal de su existencia[807]. Planiol y Ripert, explican mejor el fenómeno indicando

[804] Véase: Rodríguez-Aguilera, Cesáreo: *El derecho a una muerte digna*. En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, pp. 95-111; Carrasco, Ana María y Silvia Piskorz: *Reflexiones sobre la muerte digna y los proyectos de ley en nuestro país*. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. En: http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co9po13.html ; Pereira Sojo, Leydimar y otras: *El derecho a morir con dignidad*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 121, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 389-427; Blanco, *Ob. Cit.,* pp. 49-57; Ruiz de la Cuesta, Antonio: *Reflexiones sobre el derecho a vivir y morir dignamente: sus prescriptividad ética y jurídica.* En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 123-151; Ballesteros, Jesús: *Ortotanasia: El carácter inalienable del derecho a la vida.* En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 47-57; Rendón Aponte, Rubén: *El suicidio ¿Una forma de morir con dignidad?.* En: Ética, Política, Derecho y Situaciones de muerte. Caracas, ediciones del Rectorado, Alfredo Castillo Valery y Xavier Mugarra Torca ediciones, 1991, pp. 261-269; López de la Peña, Xavier A.: *Los Derechos del Paciente.* México, edit. Trillas, 2000, pp. 120-126.

[805] Véase: Domínguez Guillén, "*Aproximación*"..., pp. 126-150.

[806] De Ruggiero, *Ob. Cit.,* pp. 401-403.

[807] Martínez de Aguirre Aldaz, *Ob. Cit.,* p. 354.

que "la muerte que destruye la personalidad, no impide que la personalidad que existió, continúe produciendo efectos. De ahí, el derecho de testar, que prolonga más allá de la muerte, la voluntad de la persona, el respeto debido al cadáver..."[808].

La muerte tiene una multiplicidad de consecuencias jurídicas: unas extintivas de relaciones jurídicas; otras transmisivas de las relaciones no extinguibles, a través básicamente del importantísimo fenómeno hereditario, que se abre precisamente por el fallecimiento[809]. La muerte presenta la peculiar característica de ser al mismo tiempo causa de extinción de derechos subjetivos y causa de atribución de ciertos derechos; así, produce la extinción de todos los derechos que, en alguna medida, están directamente vinculados a la persona de su titular, de modo que al fallecer éste cesa la causa de atribución de tales derechos: así ocurre con las relaciones matrimoniales y familiares, con la condición de funcionario y con ciertos derechos de contenido económico, pero vinculados, en su duración, a la vida de su titular. Sin embargo, otros derechos pertenecientes a la persona fallecida, que tiene carácter patrimonial –y por tanto es indiferente quién sea su titular–, no se extinguen por la muerte de su titular, sino que su fallecimiento es causa de comienzo de su adquisición hereditaria por las personas llamadas a sucederle, materia objeto de estudio en el Derecho de Sucesiones[810].

De allí que se afirme que "la extinción de la personalidad jurídica por la muerte no significa la desaparición de los derechos y obligaciones del fallecido, antes al contrario, se procede a la apertura de su sucesión; y algunos efectos de la voluntad se proyectan hacia el futuro, como ocurre con las disposiciones mortis causa (testamento, donación)"[811]. Se

---

[808] Planiol y Ripert, *Tratado...,* p. 8.

[809] Martínez de Aguirre Aldaz, *Ob. Cit.,* p. 354.

[810] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 12. Véase también: Baqueiro, Edgard y Rosalía Buenrostro: *Derecho Civil Introducción y Personas*. México, Edit. Harla, 1995, p. 153: "Es de gran importancia práctica precisar el momento en que cesa la personalidad jurídica, con la prueba fehaciente de la muerte que indique día y hora en que cesó la vida, pues a partir de ese hecho, se derivan consecuencias jurídicas muy importantes, como la extinción de los efectos jurídicos con relación a la persona fallecida; el hijo de la viuda nacido después de trescientos días de acaecido el deceso del marido, no es hijo de éste; los actos del mandatario realizados a nombre del mandante después de la muerte de éste, son ineficaces; los frutos posteriores a la muerte del usufructuario pertenecen al nudo propietario y no a los herederos del usufructuario; dan inicio los efectos del Derecho Romano Sucesorio, etc."

[811] Parra Aranguen, Gonzalo, *Ob. Cit.,* p. 27, nota 33.

aprecia también por parte de la ley una relativa protección a los restos y a la memoria de quien fuera persona. Veamos a continuación cuáles son los efectos jurídicos de la muerte.

3.1 *SE EXTINGUE LA PERSONALIDAD DEL SUJETO*

Hemos sostenido reiteradamente a lo largo del presente estudio que con la muerte se extingue la personalidad jurídica del ser humano, al punto que para el Derecho, la muerte se define como la cesación de la subjetividad jurídica de la persona natural[812]. De tal suerte, que es incuestionable que el efecto fundamental de la muerte en el ámbito del Derecho no es otro sino terminar la existencia jurídica del ser humano[813]. La aptitud para ser titular de deberes y derechos, a saber, la personalidad o subjetividad jurídica del hombre cesa a partir del mismo instante en que acontece la muerte. De allí que la muerte tenga el fatal y radical efecto extintivo de suprimir la existencia legal de la persona humana.

Después de la muerte sólo queda un cadáver aun cuando, seguirán destellándose efectos de algunas relaciones asociadas a quien fuera persona en un tiempo anterior. Así pues, la personalidad pasada del sujeto sigue proyectándose después de su muerte. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida aluden a este aspecto como la "*personalidad pretérita*". Extinguida la persona, deja de ser centro de poder y de responsabilidad, mas persiste la operancia de su voluntad pretérita (expresada en testamento sobre todo) y el derecho a la buena fama y la propia reputación que pueden hacer efectivo los herederos[814].

La muerte no es óbice para la subsistencia de ciertos efectos después de la misma. La doctrina nacional señala que la extinción de la personalidad tampoco impide que en interés de los descendientes, de otros parientes o de los terceros en general, se realicen ciertos actos que aparentemente presuponen la continuación de la personalidad del difunto entre los que tradicionalmente se citan[815]: 1.- Puede reconocerse a

[812] Véase *supra* N° III.2.1.
[813] Con la muerte se deja de ser jurídicamente persona (Véase: Ripert y Boulanger, T. II, Vol. I, p. 5; Borda Medina, *Ob. Cit.,* p. 57).
[814] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 30. Véase en el mismo sentido: Moro Almaraz y Sánchez Cid, *Ob. Cit.,* p. 138.
[815] Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 66. Véase en el mismo sentido: Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* pp. 107-109; Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* pp. 119 y 120.

un hijo muerto[816]; 2.- Puede declararse la quiebra de un comerciante dentro del año siguiente a su muerte[817]; 3.- El comerciante fallido puede ser rehabilitado después de su muerte[818]; 4.- Puede solicitarse la revisión de sentencias penales aun después de la muerte del reo en los casos que establece la ley[819].

Otros medios de defensa o manifestación de la personalidad pretérita son el derecho de rectificación o el reconocimiento de la atribución de la obra intelectual. En todos estos casos los herederos o parientes reclaman derechos del difunto que subsisten en cuanto atributos de su personalidad pretérita: el sujeto no pervive por ello, pero aun desaparecido, queda un resto de derechos extrapatrimoniales que en homenaje a una existencia anterior, pueden ser hechos valer en favor –sobre todo– de la buena memoria del difunto, por ciertas personas como gestores de esa buena memoria, no como derechos propios. Aún tiene más claros rasgos de actuación en cumplimiento de una voluntad pretérita la intervención de las personas

[816] Véase artículo 219 del Código Civil: "*El reconocimiento que se haga de un hijo muerto no favorece como heredero al que lo reconoce, sino en el caso de que éste pruebe que aquel gozaba en vida de posesión de estado*". Véase igualmente artículo 220 *eisudem*: "*Para reconocer a un hijo mayor de edad, se requiere su consentimiento, y si hubiese muerto, el de su cónyuge y sus descendientes si los hubiere, salvo prueba, en este último caso, de que el hijo ha gozado en vida de la posesión de estado*".

[817] Véase artículo 930 del Código de Comercio: "*La quiebra de un comerciante retirado del comercio puede ser declarada; pero sólo dentro de los cinco años posteriores al retiro, con tal que la cesación de pagos haya tenido lugar durante el tiempo en que ejerció el comercio, o bien durante el año siguiente, a causa de deudas relativas al mismo ejercicio.*
Puede también ser declarada después de la muerte del comerciante retirado; pero sólo dentro del año siguiente a la muerte".

[818] Véase artículo 1.068 del Código de Comercio: "*El fallido puede ser rehabilitado después de su muerte".*

[819] Véase art. 470, del Código Orgánico Procesal Penal (G.O. N° 5.558 E. del 14-11-2001), que prevé que "La revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado, en los casos siguientes: 1.- Cuando en virtud de sentencias contradictorias estén sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito, que no pudo ser cometido más que por una sola; 2.- Cuando la sentencia dio por probado el homicidio de una persona cuya existencia posterior a la época de su presunta muerte resulte demostrada plenamente; 3.- Cuando la prueba en que se basó la condena resulta falsa; 4.- Cuando con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurra o se descubra algún hecho o aparezca algún documento desconocido durante el proceso, que sean de tal naturaleza que hagan evidente que el hecho no existió o que el imputado no lo cometió; 5.- Cuando la sentencia condenatoria fue pronunciada a consecuencia de prevaricación o corrupción de uno más jueces que la hayan dictado, cuya existencia sea declarada por sentencia firme; 6.- Cuando se promulgue una ley penal que quite al hecho el carácter de punible o disminuya la pena establecida". Véase artículo 471, ord. 3, Podrán interponer el recurso: "...3.- *Los herederos, si el penado ha fallecido*". (Destacado nuestro).

expresamente designadas para ello por el difunto, como prevén las leyes de defensa del honor y la propiedad intelectual[820].

De manera pues, que si bien es indudable que la muerte arrasa fatalmente con la subjetividad jurídica del hombre, y después de que éste importante hecho jurídico acontece sólo queda en el plano material un cadáver, también es cierto que no se pueden borrar o perder con la persona todas las relaciones que hubiesen estado asociadas a ella. Como vimos, existen algunos supuestos en que, aun cuando la persona fallece, se precisa continuar con un breve período de latencia los efectos de ciertas relaciones jurídicas que estarían vinculadas a su personalidad. Esto básicamente porque aun cuando la existencia jurídica del sujeto se pierde a la par de la muerte, sus herederos u otras personas interesadas podrían ver afectados sus derechos personales o patrimoniales. De allí que el orden legal sabiamente, ha permitido excepcionalmente la continuidad de ciertas relaciones o acciones que tuvieron su inicio en una personalidad pretérita, pues como veremos algunos procedimientos no se extinguen con la muerte de la persona[821].

3.2 *SE ABRE LA SUCESIÓN DEL DIFUNTO Y TIENEN APLICACIÓN LAS DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD*

El artículo 993 del Código Civil prevé: "*La sucesión se abre en el momento de la muerte y en el lugar del último domicilio del de cujus".* Se aprecia así que aun cuando no existe una norma que expresamente indique que con la muerte se pierde la personalidad[822], el citado artículo lo da por sentado al indicar que la apertura de la sucesión sólo precisa de la muerte del *de cujus,* esto, de aquel de cuya sucesión se trate. La sucesión pretende darle destino y continuidad a las relaciones patrimoniales de quien fuera persona.

Aunque la muerte extinga la personalidad, es decir, la potencialidad para crear nuevas relaciones, no destruye las ya constituidas y pendientes aún de cumplimiento, pues por el fenómeno de la sucesión hereditaria los derechos y deberes de contenido patrimonial del difunto que integran la herencia, salvo los personalísimos, se transmiten a sus herede-

[820] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 31.
[821] Véase i*nfra* N° III.3.3.
[822] Véase *supra* N° III.2.1.

ros[823]. La personalidad del hombre termina con la muerte; la transmisión de sus derechos y deberes, en tanto no se extingan, se regulan por el derecho de sucesiones[824].

La consecuencia o efecto más característico y propio derivado del fallecimiento de la persona, es la apertura de su 'sucesión', o reparto del patrimonio de que era titular en el momento del fallecimiento entre sus herederos, dando lugar al fenómeno jurídico de la herencia[825]. Se transmiten a los herederos los derechos y las obligaciones patrimoniales, siendo propietarios, acreedores y deudores de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor. Esta transmisión puede estar limitada por la ley o por la voluntad contractual[826].

En efecto, la excepción a esta regla de la íntegra transmisibilidad a los herederos de las situaciones patrimoniales ostentadas por el fallecido viene representada por aquellos derechos y obligaciones que fueron contraídos en razón de la persona de su titular, de tal modo que, una vez que fallece el titular, el derecho o la obligación se extinguen y no se produce su transmisión a los herederos[827]. Se trata de derechos que existen exclusivamente por las calidades mismas de la persona fallecida, y entonces no podrán transmitirse por causa de muerte[828].

En el caso venezolano, podemos citar entre otros derechos patrimoniales que se extinguen por la muerte: la obligación de alimentos[829], el usufructo vitalicio[830], el derecho de uso y habitación[831], el hogar legalmente

[823] Véase: Castan Tobeñas, *Ob. Cit.,* p. 115; Marín Pérez, *Ob. Cit.,* p. 77; Borda Medina, *Ob. Cit.,* 59.
[824] Enneccerus y otros, *Ob. Cit.,* p. 330.
[825] Moro Almaraz y Sánchez Cid, *Ob. Cit.,* p. 139.
[826] Ghersi, *Ob. Cit.,* p. 168.
[827] Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 69.
[828] Borda Medina, *Ob. Cit.,* pp. 60 y 61; Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 54.
[829] Véase artículo 298 del Código Civil y artículo 383, letra a) de la LOPNA.
[830] Véase artículo 619 del Código Civil: "*El usufructo se extingue: por la muerte del usufructurario, cuando no se ha establecido por tiempo determinado*...".
[831] Véase artículo 631: "*Los derechos de uso y habitación se pierden del mismo modo que el usufructo*"

constituido[832] , la renta vitalicia[833], el comodato pactado por la especial condición del comodatario[834]. En algunos negocios jurídicos específicos de contenido patrimonial, según veremos, la muerte adicionalmente puede jugar un papel determinante[835].

Los derechos patrimoniales que no se extinguen por el fallecimiento se transmiten *mortis causa*, por lo que la muerte por una parte es causa de extinción de derechos subjetivos para su titular pero a la vez puede ser causa de atribución de los mismos al nuevo titular quien lo será por causa de muerte[836]. Así pues, salvo algunos derechos patrimoniales que excepcionalmente se extinguen con la persona, los demás derechos de contenido pecuniario en principio se transmiten mediante el mecanismo de la sucesión. La sucesión puede ser a título universal o particular, testamentaria o *ab intestato*[837].

Así mismo, con la muerte entran en vigor las disposiciones "*mortis causa*", es decir, aquellas dictadas por el individuo para el caso de su muerte. Es de advertir que el Derecho permite a los hombres regular la situación jurídica posterior a su muerte, no sólo en la esfera patrimonial sino extrapatrimonial[838]. Encontramos aquí que respecto de su cuerpo, el individuo también podrá ejercer una especie de poder de disposición que constituye una manifestación del derecho de la personalidad a disponer del cuerpo[839]. En efecto, la persona en vida puede prever el des-

---

[832] Prevé el artículo 641 del Código Civil: "*Cuando hubiere fallecido el último miembro de la familia para quien fue constituido el hogar, o cuando haya fenecido el derecho a gozar de él, según lo establecido en los artículos 636, 642 y 643, volverá el inmueble al patrimonio del constituyente o de sus herederos, a menos que el dominio se haya traspasado a la persona o personas en cuyo favor se constituyó el hogar*".
[833] Véase artículo 1.797 del Código Civil: "*... esta obligado a pagar la renta durante toda la vida de la persona o de las personas por quienes se ha constituido...*". Vale citar igualmente el artículo 1.794: "*El contrato de renta vitalicia, constituida por la vida de una persona ya muerta cuando se celebró el contrato, no produce ningún efecto*". Esto por cuanto la esencia del contrato es la "vida", sin la cual ya no tendría objeto el negocio jurídico.
[834] El comodato podría excepcionalmente extinguirse con la muerte del comodatario si así lo pactan las partes de conformidad con el artículo 1.725 del Código Civil.
[835] Véase *infra* N° III.3.5.
[836] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 12; O' Callaghan, *Ob. Cit.,* p. 240.
[837] Borda, *Manual...*, p. 155. La sucesión intestada está regulada en los artículos 808 y ss del Código Civil; la sucesión testamentaria está prevista en los artículos 833 y ss del Código; en tanto que las reglas comunes a ambas de sucesiones se aprecian en los artículos 833 al 1.132 *eiusdem.*
[838] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 60.
[839] Véase sobre el mismo: Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 179-186.

tino que ha de serle dado a su cuerpo cuando fallezca[840], por ejemplo, disponer en torno a la posibilidad de destinarlo a la donación de órganos, a la investigación científica o que sea objeto de cremación o incineración[841]. La voluntad del difunto priva –según veremos– sobre la de cualquiera de sus familiares, por tratarse de un derecho personalísimo primario, como lo es el derecho a disponer del propio cadáver[842].

3.3 *SE EXTINGUEN EN PRINCIPIO LAS RELACIONES EXTRAPATRIMONIALES*

Los derechos de contenido extrapatrimonial desaparecen con la persona[843]. En principio, las consecuencias de la muerte como hecho físico incontestable que a todos no ha de llegar son claras: al extinguirse la personalidad del sujeto, lógicamente todas las situaciones a él atinentes habrán de darse igualmente por extinguidas, por desaparición del sujeto[844].

Con la muerte culminan en principio las relaciones o situaciones jurídicas extrapatrimoniales, es decir, aquellas eminentemente personales que no son susceptibles de ser transmitidas bajo el mecanismo de la sucesión. En el ámbito de Derecho de la Persona y del Derecho de Familia se aprecian algunas instituciones que efectivamente se extinguen con la muerte.

En materia del Derecho de la Persona, con la muerte se extinguen los atributos de la persona[845]; cualquiera de los regímenes de incapaces,

[840] Véase sobre el tema: Borrel Maciá, Antonio: *La Persona Humana: Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres.* Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1954.

[841] El individuo es soberano, respecto al destino de su propio cadáver, siempre que se mantenga dentro de las opciones legales y los límites que impone el orden público y las buenas costumbres. Véase nuestros comentarios en: Domínguez Guillén, *Aproximacion...,* pp. 179-186.

[842] Véase *infra* N° III.6.2.

[843] Borda Medina, *Ob. Cit.,* p. 62; Llambías, *Ob. Cit.,* p. 587; Moro Almaraz y Sánchez Cid, *Ob. Cit.,* p. 139, culminan los derechos y obligaciones de carácter personalísimos y las relaciones familiares; Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 69, cuando se trata de relaciones de carácter personal, el fallecimiento de la persona determina la extinción de la respectiva situación de que se trate.

[844] Lasarte, *Ob. Cit.,* p. 185. Véase también: Ghersi, *Ob. Cit.,* p. 169; Llambías, *Ob. Cit.,* pp. 586 y 587.

[845] Los atributos de la persona, a saber, aquellos elementos que la individualizan en una relación o situación jurídica, tales como el *nombre*, la *sede jurídica* o el *estado civil* se extinguen con el sujeto, dado el carácter vitalicio e intransmisible de los mismos.

culmina o cesa obviamente con la muerte del incapaz; dentro de los regímenes de menores de edad, con la muerte del menor de edad se extingue la patria potestad[846], la tutela[847], la colocación o la emancipación[848]; en los que respecta a la mayoridad con la muerte del incapaz se extingue la interdicción o la inhabilitación. Tales regímenes de incapaces pretenden la protección de la persona y en consecuencia ya no tienen sentido una vez desaparecida ésta.

En el ámbito del Derecho de Familia, el matrimonio se disuelve con la muerte[849], y lo mismo vale decir respecto del concubinato. Indica Bocaranda al referirse a las causas de disolución del matrimonio, que el ser humano es un manojo de relaciones jurídicas. Esto se pone de manifiesto mayormente con ocasión de la muerte, momento crucial que divide en dos el **totum** jurídico del individuo: de un lado, subsisten los llamados derechos transmisibles que, como patrimoniales, son susceptibles de trasladarse jurídicamente del causante a los herederos; del otro, las relaciones jurídicas personalísimas y las facultades innatas, obviamente intransferibles. Entre las relaciones personalísimas se ubica el vínculo conyugal, pues el matrimonio constituye el acto *intuitu personae* más prístino y evidente cuyas relaciones personales fenecen con la muerte[850].

---

[846] Véase artículo 356, letra c) de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que prevé que la patria potestad se extingue, en caso de "muerte del padre, de la madre, o de ambos". A esto debe agregarse como es obvio, la muerte del hijo, que constituye una causa de extinción a causa del hijo.

[847] Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos*..., p. 176, los supuestos de cesación absoluta están referidos al menor e incluyen la muerte; los supuestos de cesación relativa se refieren al tutor e igualmente incluyen la muerte.

[848] *Ibid*., p. 233: "aun cuando resulte obvio, vale señalar que la muerte se presenta como una forma de extinción de la emancipación. Con la muerte se extingue la personalidad y tras ella se pierde el régimen de protección al que encontraba sometido el incapaz".

[849] Dispone el artículo 184 del Código Civil: "*Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio*". Consecuentemente, de conformidad con el artículo 173 *eiusdem* "La comunidad de bienes en el matrimonio se extingue por el hecho de disolverse éste...". De tal suerte que la comunidad conyugal cesa igualmente por la muerte de uno de los cónyuges.

[850] Bocaranda E., Juan José: *Guía Informática Derecho de Familia*. Caracas, Tipografía Principios, 1994, T. I, pp. 593 y 594, El hecho de la muerte se hace sentir en el derecho, en varias direcciones que guardan relación con el otro cónyuge, vivo o no: a) La defunción debe hacerse constar en registros especialmente destinados a este objeto (art. 445 CC), y en la partida de defunción debe indicarse entre otros datos, el nombre y apellido del cónyuge sobreviviente o premuerto (art. 477 CC). b) Se abre la sucesión en los derechos y obligaciones del cónyuge fallecido y uno de los copartícipes es el cónyuge sobreviviente a quien corresponde el 50 % del *totum* patrimonial por concepto de gananciales, más la cuota sucesoral c) El cónyuge supérstite puede contraer nuevas nupcias, dentro de las previsiones del art. 57 CC d) La patria potestad y el deber de alimentos respecto de los hijos menores son asumidos en su totalidad por el cónyuge sobreviviente (*ídem*).

Borda agrega que también se extinguirán aquellos derechos que por su misma naturaleza no fuere transmisible, tal sería el caso del pintor que se hubiese comprometido a pintar un cuadro, es obvio que a su muerte, el contratante con él no podría exigir de los herederos el cumplimiento de la obligación contraída por el causante[851]. Sin embargo, en el caso venezolano ha de considerarse al efecto, el artículo 1.266 del Código Civil, según el cual ante la inejecución de la obligación de hacer el acreedor puede ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor.

En las acciones patrimoniales, si el proceso judicial está en curso la muerte de la parte no acarrea la extinción del proceso sino que operará la sucesión procesal en los herederos del difunto, aun cuando haya desaparecido la *capacidad de ser parte* de éste[852]. Y en ese sentido el

[851] Borda, *Manual...*, p. 155.

[852] Véase sentencia española del 23-10-95, citada por Cobo Plana, *Ob. Cit.,* p. 42, la capacidad para ser parte en un proceso desaparece con la extinción de la personalidad que apareja la muerte. Véase también: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la circunscripción judicial del estado Mérida. Sent. 23-10-06, http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2006/octubre/962-23-8862-.html; la doctrina señala que la capacidad para ser parte no es más que la aptitud para ser sujeto de una relación procesal y que, en consecuencia, pueden ser parte todas las personas, físicas y jurídicas, que pueden ser sujetos de relaciones jurídicas en general, esto es, todos aquellos (hombres o entes) que tienen capacidad jurídica. En el derecho moderno la capacidad jurídica la adquieren las personas naturales por el simple hecho de nacer vivas y se extingue con la muerte....Es de advertir que, la situación tendría una solución procesal distinta en la hipótesis de que el demandado hubiese fallecido con posterioridad a la interposición de la demanda. En efecto, en tal supuesto se produciría lo que se conoce en doctrina como "sucesión procesal", en virtud de la cual los derechos litigiosos de la parte fallecida se trasmiten a sus herederos a título universal o particular, quienes se hacen parte en el proceso a partir de que conste en autos su citación, produciéndose mientras se efectúa ésta la suspensión del curso de la causa desde que se incorpore en el expediente la respectiva acta de defunción. (artículos 144 y 145, único aparte, del Código de Procedimiento Civil). En general, el Código de Procedimiento Civil, como ocurre con el nuestro, no regulan la capacidad para ser parte, por considerar que tal problema aparece resuelto en el Código Civil. Otros, sólo se limitan a remitir a las nociones de capacidad jurídica del Derecho Civil, como por ejemplo el Código de Procedimiento Civil alemán, en cuyo artículo 50 se establece que "tienen capacidad de ser parte las personas que gocen de capacidad jurídica". En cambio, otros Códigos determinan expresamente quiénes puede ser parte en un juicio. Entre éstos, cabe mencionar el Código de Procedimiento Civil Colombiano, el cual, en su artículo 44, al respecto dice: "Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso". La capacidad para ser parte de las personas físicas coincide en forma absoluta con la capacidad jurídica de Derecho Civil, por lo que debe concluirse que toda persona natural existente tiene capacidad para ser parte. Y en virtud de que la personalidad se extingue con la muerte, también es lógico concluir que no puede demandarse a una persona muerta. Por lo antes expuesto, debe concluirse que fue demandada una persona inexistente, por carecer de personalidad jurídica, ya que ésta quedó extinguida desde su respectivo fallecimiento...".

artículo 144 del Código de Procedimiento Civil dispone que la causa quedará suspendida mientras se cita a los herederos[853].

Por su parte, las acciones personales –en principio– se extinguen con la muerte de la persona. Tal es el caso del procedimiento de interdicción o inhabilitación, el cual culmina con la muerte del presunto enfermo mental o del pródigo[854]. Y lo mismo vale decir, respecto de la acción de divorcio y de separación de cuerpos[855]. En el mismo sentido, la acción de nulidad de matrimonio, en algunos casos sólo puede ser ejercida por el cónyuge afectado[856]. El procedimiento de obligación de alimentos y la acción correspondiente, a pesar de tener contenido patrimonial, surge con ocasión de un estado filiatorio o civil, por lo que desaparece igualmente con la muerte[857]. La muerte también hace culminar el procedimiento de *ausencia*, a saber, aquel que tiene lugar ante la incertidumbre sobre la existencia de una persona natural; y así cualquiera de sus fases culmina cuando

---

[853] Prevé la norma: "*La muerte de la parte desde que se haga constar en el expediente, suspenderá el curso de la causa mientras se cite a los herederos*". Por su parte, su la muerte es del apoderado o sustituto dispone el artículo 165, numeral 3° que la representación de los apoderados y sustitutos cesa:...3° Por la *muerte*, interdicción, quiebra o cesión de bienes del mandante o apoderado del sustituto. (Destacado nuestro). Véase: TSJ/SCS, Sent. 227 del 19-9-01, J.R.G., T. 180, pp. 675-677, el poder judicial otorgado por el padre para defender los intereses de un menor hijo queda sin efecto debido a su fallecimiento.

[854] Véase en este sentido: CSJ/Cas, Sent. 3-2-83, J.R.G., T. 81, pp. 357 y 358, acaecida la muerte del presunto entredicho o inhabilitado deja de tener vida el juicio principal a que se contrae; CSJ/Cas, Sent. 1-6-83, J.R.G., T. 82, pp. 602-604.

[855] Véase artículo 191 del Código Civil: "*La acción de divorcio y de separación de cuerpos, corresponde exclusivamente a los cónyuges...*". Véase sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 19-1-93, que refiere que la muerte es causa de disolución del matrimonio por originar *ipso iure* la desaparición de la personalidad y dicha acción no es transmisible, por lo que la acción intentada se ha extinguido *ex lege*. (Cobo Plana, *Ob. Cit.,* p. 41).

[856] Véase artículo 118 del Código Civil: "*La nulidad del matrimonio contraído sin consentimiento libre, solo puede demandarse por aquel de los cónyuges cuyo consentimiento no fue libre...*". El artículo 119 *eiusdem*: "*La nulidad por impotencia manifiesta y permanente anterior al matrimonio solo puede demandarse por el otro cónyuge*". El artículo 124 *eiusdem* prevé: "*Las acciones de nulidad no pueden promoverse por el Síndico Procurador Municipal después de la muerte de uno de los cónyuges*". Véase también: Ducci, *Ob. Cit.,* pp. 100 y 101, el autor coloca el ejemplo de que por la muerte se extinguen determinadas acciones civiles, como es el caso de la acción de nulidad de matrimonio en el artículo 34 de la Ley de Matrimonio Civil que prevé que la acción no podrá intentarse si no viven ambos cónyuges, así como la acción de divorcio que corresponde únicamente a los cónyuges.

[857] Véase artículo 298 del Código Civil: "*La muerte de quien tiene derecho a alimentos o de quien deba suministrarlos, hace cesar los efectos de los convenios y de las sentencias que así lo dispongan*". Véase también artículo 383, letra a) de la LOPNA, que prevé que la obligación alimentaria se extingue: "por la *muerte* del obligado o del niño o del adolescente beneficiario de la misma". (Destacado nuestro).

se tiene prueba de la muerte de la persona[858]. La extinción del proceso acontece igualmente en el caso de algunos procedimientos judiciales de carácter eminentemente personal como es el caso del procedimiento de adopción, el juicio de privación de patria potestad, de modificación o privación de guarda, de visitas. En materia penal igualmente la muerte del reo, propicia la extinción del proceso y extingue la acción penal[859].

Contrariamente, acciones personales como las filiatorias pueden ser ejercidas o continuar en las personas de los herederos del *de cujus* en razón de las importantes consecuencias sucesorales en juego, y al efecto la ley consagra un lapso perentorio para el ejercicio de las mismas. Tal es el caso de la acción de inquisición de la paternidad o la maternidad intentada contra los herederos del *de cujus*[860], respecto de la cual se admite que la prueba heredo-biológica se practique en los descendientes del presunto padre y si éstos se niegan podrá tener lugar en el *cadáver* del pretendido progenitor[861]. Cabe citar igualmente la acción de inquisición de la paternidad o la maternidad interpuesta por los here-

[858] Véase artículo 432 del Código Civil: "*Si durante la posesión provisional se descubre de una manera cierta la época de la muerte del ausente, se abre la sucesión...*". Véase también artículo 437 *eiusdem* en torno a la fase de la presunción de muerte.

[859] Véase: artículo 103 del Código Penal: "La muerte del procesado extingue la acción penal. La muerte del reo extingue también la pena, aun la pecuniaria impuesta y no satisfecha y todas las consecuencia penales de la misma, pero no impide la confiscación de los objetos o instrumentos con que se cometió el delito y el pago de las costas procesales que se harán efectivas contra los herederos". Véase Código Orgánico Procesal Penal artículo 48: "Son causas de extinción de la acción penal: 1.- *La muerte del imputado...*". Véase: Giugni, *Ob. Cit.,* p. 688. Véase igualmente en este sentido: Juzgado Quinto de Ejecución de la Sección de Responsabilidad del Adolescente del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, Sent., 18-05-06, Exp. 093/02, En: http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/1860-18-093-02-.html "Luego de haber estudiado y analizado las actas procesales que integran el presente expediente, se observa que cursa en el mismo los medios idóneos e inequívocos, de los cuales se desprende el fallecimiento del imputado de autos joven (omitido), estableciendo en este sentido el artículo 103 del Código Penal, lo siguiente:...En este mismo orden de ideas establece el artículo 48, ordinal 1° del Código Orgánico Procesal Penal, lo siguiente:...". Véase igualmente: Tribunal de Primera Instancia en lo Penal, en Funciones de Ejecución Dos, de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Extensión Valles del Tuy, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/mayo/96-15-ML21-P-2002-000010-.html

[860] Véase artículo 228 del Código Civil: "*Las acciones de inquisición de la paternidad y la maternidad son imprescriptibles frente al padre y a la madre, pero la acción contra los herederos del padre o de la madre, no podrán intentarse sino dentro de los cinco (5) años siguientes a su muerte*".

[861] Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 01152 del 30-9-04, J.R.G., T. 215, pp. 595-599.

deros del presunto hijo[862] o la acción de desconocimiento de la paternidad matrimonial ejercida por los herederos del cónyuge de la madre[863].

De manera que salvo ciertas excepciones, la regla es que con la muerte se extinguen las relaciones o situaciones de carácter personal y en principio las correspondientes acciones. El fin de la personalidad jurídica humana se proyecta en la extinción de las relaciones que dependían exclusivamente de su esencia y no de su patrimonio. Sin embargo, si bien con la muerte se extingue la persona y sus derechos personalísimos, excepcionalmente los herederos podrían ejercer las acciones pertinentes en caso de vulneración de los mismos[864].

3.4 *TIENE LUGAR LA PROTECCIÓN DE LA PERSONALIDAD PRETÉRITA*

Según indicamos la personalidad jurídica culmina con la muerte, sin embargo, el ordenamiento en homenaje a una subjetividad pretérita, tiende a la protección de quien fuera persona. Dicha protección se proyecta en un ámbito que toca la integridad moral de quien fue sujeto de derecho, en lo atinente a su reputación y otros derechos de la personalidad y también se extiende a la esfera material, pues el derecho otorga protección al único residuo corporal de quien fuera persona, a saber, el cadáver.

De tal suerte que así como el concebido tiene una protección a su favor en homenaje a una existencia natural y a una personalidad futura, de una manera semejante aunque no idéntica, el cadáver y la memoria del difunto reclaman un cuidado especial, en atención a una personalidad pretérita. Así se dice que la afirmación de que "los muertos ya no son nada"[865], es tan cruel y constituye una verdad tan horrible que el derecho pretende disminuirla admitiendo cierta proyección de la personali-

[862] Véase artículo 229 del Código Civil: "*Los herederos o descendientes del hijo que ha muerto sin reclamar su filiación, no podrán intentar la acción contra los herederos del progenitor respecto del cual la filiación deba ser establecida, sino en el caso de que el hijo haya muerto siendo menor o dentro de los dos (2) años subsiguientes a su mayoridad*".

[863] Véase artículo 207 del Código Civil: "*Si el marido muere sin haber promovido la acción de desconocimiento, pero antes de que haya transcurrido el término útil para intentarla , sus herederos tendrán dos (2) meses para impugnar la paternidad, contados desde el día que el hijo haya entrado en posesión de los bienes del* ***de cujus*** *o del día en que los herederos hayan sido turbados por aquel en tal posesión*".

[864] Véase *infra* N° III.3.4.1.

[865] Planiol y Ripert, *Derecho...,* p. 62.

dad después de la muerte y concediéndole protección a la memoria del difunto y al cadáver[866].

En el Código Penal existen normas dirigidas a la protección del cadáver y a la memoria del difunto, pues aun cuando no estemos en presencia de una persona, tampoco se trata propiamente de una cosa[867]. De allí que los restos y el recuerdo de quien fue persona merecen una consideración especial por parte del ordenamiento jurídico, ésto en respeto a lo que la doctrina denomina "*personalidad pretérita*".

3.4.1 *Protección a la memoria del difunto*

"Una de las constantes antropológicas de la mayor parte de las civilizaciones conocidas reclama honrar la memoria de los muertos. En términos contemporáneos, la doctrina jurídica suele referirse a ello mediante la expresión "*protección de la personalidad pretérita*", suficientemente indicativa de que se trata de proteger las cualidades o rasgos de una persona ya desaparecida. Mas, a decir verdad, la protección de la personalidad pretérita o la honra de nuestros muertos o difuntos ha sido un tema bastante extraño al Derecho, siendo contemplado básicamente por normas religiosas o convenciones sociales de índole extrajurídica".[868] Carbonnier señala que pareciera existir en ese caso una especie de prolongación de la personalidad después de la muerte a través de la tutela póstuma de la persona mediante la institución del testamento, no obstante admitir que quienes parecen estar protegidos en ese caso son los herederos[869].

Comenta Morello que la memoria de los muertos integra el patrimonio moral de la persona y es uno de los derechos protegibles cuando cesa la vida[870]. La protección de la memoria del difunto, específicamente en lo atinente a su patrimonio moral o su honor, constituye ciertamente una excepción a que los derechos de la personalidad en principio se extinguen

[866] Rojas González, *Ob. Cit.,* p. 71 (el autor cita a Planiol y a Carbonnier).
[867] Véase *infra* N° III.6.1.
[868] Lasarte, *Ob. Cit.,* p. 186.
[869] Carbonnier, *Ob. Cit.,* pp. 223 y 224.
[870] Morello, *El Derecho...,* p. 87.

con la muerte[871]. En efecto, después de ésta se extiende el respeto al honor de quien fuera persona en homenaje a una subjetividad pasada.

En cuanto a la memoria del difunto, el artículo **449** del Código Penal dispone respecto a la difamación (hecho concreto) e injuria (hechos genéricos) que en caso de muerte antes de hacer uso de la acción, la acusación podrá ser promovida por parte del cónyuge y ciertos parientes[872]. Igualmente en resguardo de la memoria del difunto, como vimos, se puede solicitar la revisión de la sentencia penal después de la muerte del reo[873].

Ello evidencia que la protección de la memoria del difunto queda reservada a sus parientes, es decir, se precisa en nuestro Derecho que los familiares del afectado ejerzan la acción penal correspondiente. En consecuencia, queda sin amparo la memoria de la persona fallecida que no cuente con parientes dolientes que eventualmente puedan ejercer las acciones pertinentes.

De allí que resulta interesante la posición asumida por la legislación española, según la cual el Ministerio Público podría intentar la acción correspondiente en el supuesto indicado. Así refiere Lasarte que en el Derecho español, hasta tiempo bien reciente, la protección de la memoria de los difuntos prácticamente quedaba limitada al ejercicio de acciones penales por parte de sus herederos cuando creyeran que los muertos habían sido objeto de injurias o calumnias (artículo 466 CP). De ahí la importancia de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo[874], cuyo artículo

---

[871] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, p. 82, si bien los derechos de la personalidad tienen carácter "vitalicios" porque acompañan a la persona desde el nacimiento hasta la muerte, ciertos efectos subsisten después de ésta, como es el caso de la acción de dilación o injuria por parte de los herederos o la disposición del cadáver.

[872] Refiere el artículo 449 del Código Penal: "*Los delitos previstos en el presente capítulo no podrán ser enjuiciados sino por acusación de la parte agraviada o de sus representantes legales.* ***Si ésta muere antes de hacer uso de su acción, o si los delitos se han cometido contra la memoria de una persona muerta****, la acusación o querella puede promoverse por el cónyuge, los ascendientes, los descendientes, los hermanos o hermanas, sobrinos, los afines en línea recta y los herederos inmediatos...*". (Destacado nuestro).

[873] Véase artículo: 470 y 471, ord. 3 del Código Orgánico Procesal Penal, véase *supra* N° III.3.1. La normativa anterior se refería a la nulidad de la sentencia penal después de la muerte del reo, véase: artículo 463 del anterior Código Orgánico Procesal Penal y artículo 59 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

[874] de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

4 faculta para ejercitar las acciones de protección civil del honor, la intimidad y la imagen a los herederos o parientes (y en defecto de ellos al Ministerio Fiscal) de las personas fallecidas previamente, pues como expresa la Exposición de Motivos de dicha Ley "aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho..."[875].

En el Derecho Español observamos una reciente decisión que tiene que ver precisamente con la protección de los derechos de quien fuera persona. La STS 490/2003 de 23 de mayo, se pronunció respecto de un accidente de circulación en el que quedó aprisionado el conductor de un vehículo, el cual falleció pocos días después; la retransmisión televisiva se ocupaba especialmente de mostrar, morbosamente, el rostro del fallecido, aprisionado entre el asfalto y el vehículo. La viuda demandó a Telemadrid y obtuvo una indemnización de tres millones de pesetas, atendiendo al incuestionable daño moral producido y a las circunstancias de que los fotogramas relativos al accidentado no podían considerarse en modo alguno, accesorios a la noticia principal[876].

Se aprecia así que si bien con la muerte se extingue la personalidad del ser humano, puede excepcionalmente presentarse una protección *post mortem* de algunos de sus atributos o derechos. La protección a la memoria del difunto, no es sino una extensión o proyección de los derechos de la personalidad de quien fuera persona, precisamente en homenaje a una personalidad pasada.

Si bien nuestro Derecho consagra expresamente en la legislación penal la protección de la memoria del difunto, a través de los delitos de difamación e injuria, el carácter típico de los delitos penales, no permite

---

[875] Lasarte, *Ob. Cit.*, pp. 186 y 187. El referido artículo de la LOHIP dispone: "*Artículo 4.1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. 2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. 3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de la persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a un persona jurídica designada en testamento*". (Véase también en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-1982.html)

[876] Lasarte, *Ob. Cit.,* p. 187.

extender analógicamente la protección penal a la memoria del difunto a otros supuestos no previstos por el legislador penal.

Ahora bien, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, nuestro ordenamiento permite el ejercicio de la correspondiente acción a los parientes y cónyuge a los fines de la indemnización por daño moral en el caso de muerte de la víctima[877]. Lo anterior está previsto en la parte final del artículo 1.196 del Código Civil[878]. Pittier Sucre señala acertadamente que en tal caso, la acción de los herederos por muerte del pariente es *iure propio*, toda vez que supone un dolor sufrido por ellos[879].

Valdría preguntarse ¿Pueden los parientes o el cónyuge[880] del difunto ejercer la correspondiente acción civil por daño material y moral ante la violación de otros derechos de la personalidad del difunto distintos a la vida, tales como la imagen, la intimidad, etc.?. Creemos que sí, porque aun cuando se trate de una acción personal, esto es, que estando viva la persona el ejercicio de la misma le corresponde a ella exclusivamente, en caso de muerte, tal posibilidad se extiende a los familiares. Ello se deriva del sentido de protección que precisan los derechos de la personalidad particularmente a través del daño moral no obstante su carácter vitalicio y porque el propio artículo 1.196 del Código Civil alude expresamente a la indemnización a la víctima en caso de

---

[877] Véase: Pittier Sucre, Emilio: *Reflexiones sobre el daño moral*. En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 650-654; Ghersi, Carlos Alberto: *Valor de la vida humana (Indemnización por lesiones y muerte. Estratificación socioeconómica y cultural. Proceso de consumo y ahorro. Meritocracia y derecho de chance).* Buenos Aires, edit. Astrea, 3ª edic., 2002.

[878] Sobre la protección de los derechos de la personalidad a través de la indemnización por daño moral, véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, pp. 250-284. Véase también: Medina Crespo, Mariano: *Los principios que inspiran la regulación de las indemnizaciones básicas por causa de muerte, en el sistema de la Ley 30/95.* En: Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Madrid, Dikinson, 2000, pp. 245-269.

[879] Pittier Sucre, *Ob. Cit.,* pp. 653 y 654.

[880] Creemos que la posibilidad de reclamar la indemnización por daño moral en caso de muerte de la víctima se extiende al concubino. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999*. En: Revista de Derecho N° 17, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, p. 236; Pittier Sucre, *Ob. Cit.,* pp. 662 y 663, indica el autor que aun cuando el artículo 1196 CC no incluye al concubino, es indudable que tiene derecho a reclamar el dolor afectivo por la pérdida de su compañero.

lesiones a su honor, reputación o a los de su *familia* [881]. De tal suerte, que cabría sostener que en razón del carácter enunciativo de los derechos de la personalidad, si cualquiera de éstos se ha visto vulnerado con relación a un familiar difunto, bien pudiera intentarse la correspondiente acción civil. Así por ejemplo, se ha admitido que la violación del derecho a la imagen del difunto puede ser reclamada civilmente por parte de sus familiares o herederos[882].

Se ha indicado acertadamente que si bien efectivamente los derechos personalísimos como el honor, la intimidad o la imagen se extinguen con la muerte del sujeto, ello sin perjuicio de que sus herederos puedan ejercer acciones de defensa de tales derechos de quien fue su titular[883]. No se trata en tal caso de sostener una suerte de capacidad del fallecido[884], pues la personalidad y por ende la capacidad termina con la muerte, amén del carácter vitalicio de los derechos de la personalidad[885], sino de reconocer la posibilidad de los herederos de ver afectados sus derechos en función de un ser querido con personalidad pretérita. En razón

---

[881] El artículo 1.196 del Código Civil prevé: "*La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.*
El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, **o a los de su familia**, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. *El Juez puede igualmente conceder a una indemnización a los parientes, afines, o cónyuges, como reparación del domicilio sufrido en caso de muerte de la víctima*". (Destacado nuestro)
[882] Véase: Tramontana, *Ob. Cit.,* p. 66, refiere que el retrato de una persona no puede ser expuesto o comercializado sin su consentimiento o *después de su muerte por el de sus herederos*. El artículo 15 del Código Civil peruano prevé que la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechada sin su autorización expresa *o si ha muerto sin el asentimiento de su cónyuge, descendiente, ascendiente o hermanos en ese orden*. (http://www.abogadoperu.com/codigo-civil-seccion-primera-personas-naturales-titulo-2-abogado-legal.php) En el mismo sentido el artículo 79 del Código Portugués refiere que el retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o colocado al comercio sin el consentimiento de la persona *o después de su muerte por sus familiares* (http://lexius.no.sapo.pt/page27.html *)*. (Domínguez Guillén, *Aproximación...,* p. 235. Destacado nuestro)
[883] O´Callaghan, *Ob. Cit.,* p. 240.
[884] Véase realizando tal afirmación –a nuestro criterio impropiamente–: Alegre Martínez y Mago Bendahán, ob.cit., p. 73, "... si bien obviamente no puede afirmarse la capacidad de obrar de una persona fallecida, si puede afirmarse su *capacidad* para ser sujeto o titular de derechos subjetivos, y especialmente de derechos personalísimos. Si estos tienen su base en la dignidad e irrepetibilidad de la persona, es claro que no se extinguen con su fallecimiento, ya que la persona deja tras el mismo una memoria perdurable, que debe ser objeto de protección por el fallecimiento". Creemos, que nos se trata propiamante que el fallecido siga siendo titular o sujeto de derechos subjetivos, dado el carácter vitalicio de los derechos de la personalidad.
[885] Pues estos cesan con la *muerte*. Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...,* p. 82.

del carácter personalísimo de la acción por daño moral, podríamos retomar la idea de que se trata de un derecho propio de los herederos[886], y concluir que, éstos bien podrían reclamar un dolor propio ante la vulneración de un derecho ajeno que les es inherente, y que no puede reclamar quien fuera su titular en razón de su muerte[887].

De lo contrario, tendríamos que soportar pasivamente la violación de los derechos personalísimos de nuestros seres queridos fallecidos; y las violaciones abundarían bajo la excusa de que tales derechos han culminado con la muerte de la persona. En tal caso, el sufrimiento propio se erige para solicitar la correspondiente indemnización por daño moral. Es pues la interpretación que nos parece justa tanto respecto a la memoria del difunto como al natural sentimiento de respeto que inspira a sus familiares.

3.4.2 *Protección del cadáver*

Ya nos referimos a la protección de la memoria del difunto, la cual se asocia a la integridad moral o psíquica de quien fuera persona. Esto por cuanto, según se indicó, en ésta se pretende preservar el honor, la intimidad u otro derecho de la personalidad de quien fue sujeto de derecho. Por su parte, el cadáver es el residuo corporal o material de quien fuera persona; es lo único que quedó en el plano físico del ser humano[888].

Respecto a la tutela del cadáver desde el punto de vista penal, vale citar los artículos 171 y 172 del Código Penal. El artículo **171** de dicho texto prevé: "*Cualquiera que cometa actos de profanación en el cadáver o en las cenizas de una persona y cualquiera que con un fin injurioso, o simplemente ilícito, sustrajere, fraudulentamente, el todo o parte de los despojos o restos mismos, o de alguna manera viole un túmulo o urna cineraria, será castigado con prisión de seis meses a tres años*". El artículo **172** *eiusdem* refiere "*Cualquiera que fuera de los casos antes indicados, profanare total o parcialmente, el*

[886] En nuestra opinión podríamos considerar también para este caso la idea reseñada por Pittier Sucre –respecto al carácter *iure propio*– de la acción por daño moral de los parientes en caso de muerte de la víctima, por tratarse de un dolor sufrido por aquellos (Véase Pittier Sucre, *Ob. Cit.*, pp. 653 y 654).
[887] Ciertamente, produce dolor espiritual la vulneración de los derechos personalísimos de nuestros seres queridos fallecidos.
[888] Véase *infra* N° III.6.1. Véase artículo 2, num. 8 de la Ley Sobre Trasplantes de Órganos.

cadáver de alguna persona, lo exhumare, sustrajere o se apoderare de sus restos, será castigado con prisión de tres a quince meses. Si el hecho se ha cometido por el administrador o celador de un cementerio o lugar de sepulturas, o por persona a la cual se hubiere confiado la guarda del cadáver o de los restos, la pena se aumentará en una tercera parte en el primer caso, y en una cuarta parte en el segundo". Así mismo el artículo **452,** ord. 2° del Código Penal consagra pena de prisión de dos a seis años por el delito de hurto "*en los cementerios, tumbas o sepulcros, apoderándose ya de las cosas que constituyen su ornamento o protección, bien de las que se hallen sobre los cadáveres o se hubieren sepultado con éstos al mismo tiempo*".

La protección al cadáver desde la perspectiva penal tiene lugar a través de los citados artículos, los cuales sancionan con penas privativas de libertad la vulneración del residuo material de quien fuera persona.

Vale referir igualmente el artículo 21 de la citada Ley sobre Trasplantes de Órganos, que dispone que, a los fines de la extracción de órganos del cadáver debe preservarse la "dignidad" de la persona fallecida: "*El retiro de los órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos del cadáver se practicará de forma tal, que se respete la* ***dignidad*** *de la persona fallecida y se eviten mutilaciones innecesarias*"[889]. Se aprecia así que no obstante tratarse de un cuerpo sin vida, el cadáver debe ser tratado cuidadosamente en el ámbito médico[890], lo cual simplemente es producto del respeto que merece el único residuo que el plano material dejó la personalidad pretérita.

En un nivel más general según veremos el respeto al cadáver o la naturaleza particular de éste lo coloca fuera del comercio, por lo que no es procedente jurídicamente la realización de actos a título oneroso respecto del mismo. El cadáver es el único residuo físico o corporal que subsiste en el plano material de quien fuera persona y de allí la protección que le conceda el orden jurídico[891].

---

[889] Destacado nuestro.
[890] Significa que además de evitarse "las mutilaciones innecesarias", luego de la extracción, –así como acontece con posterioridad a una autopsia– el cadáver precisa ser preservado o conservado en lo atinente a su aspecto corporal en la medida de lo posible.
[891] Véase *infra* N° III. 6.1.

3.5 *OTROS*

Como hemos reiterado, con la muerte se extingue la personalidad y a partir de allí se despliegan la diversidad de efectos referidos. Así por ejemplo, según indicamos, la muerte extingue los derechos personales y transmite por vía de sucesión los derechos de contenido patrimonial. No obstante, la ley en caso de algunas acciones personales excepcionalmente concede legitimación a los herederos[892]. Sin embargo además de las tradicionales consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales que acarrea la pérdida de la subjetividad, la extinción de la persona podría tener relevancia en otras instituciones jurídicas. Además de las excepciones indicadas, valdría la pena hacer referencia a otras situaciones, derechos o negocios jurídicos específicos en los cuales puede ser relevante el hecho de la muerte.

Así por ejemplo, la muerte puede figurar como una suerte de hecho jurídico con especial relevancia para cierto negocio jurídico, como es el caso del contrato de *seguro* de vida, en los que la circunstancia que da lugar a la correspondiente indemnización es precisamente la muerte[893].

La muerte puede igualmente ser una circunstancia que afecte el negocio jurídico de la *donación*. Al efecto, pueden distinguirse varios supuestos: en el caso específico de existir pacto de reversión de la donación si el donatario muere antes que el donante, esto es en caso de premoriencia del donatario[894]; podrá revocarse la donación por supervivencia de hijos o descendientes del donante que se ignoraban al tiempo de la donación, aunque sean póstumos[895]. Así mismo de conformidad con el

---

[892] Véase *supra* N° 3.3.

[893] Véase: Giugni, *Ob. Cit.,* p. 688, La muerte hace efectiva ciertas cláusulas asegurativas. Véase: artículos 577 y 588 del Código de Comercio.

[894] El artículo 1.453 del Código Civil prevé: "*El donante puede estipular la reversión de las cosas donadas, pero sólo en provecho de sí mismo, tanto para el caso de que el donatario muera antes que el donante, como para aquel en que muera el donatario y sus descendientes".*

[895] Al efecto dispone el artículo 1.462 del Código Civil: "*Las donaciones hechas por personas que no tengan o ignoren tener hijo o descendientes vivos al tiempo de la donación, pueden revocarse por la supervivencia o existencia de hijo o descendientes del donante, aunque sean póstumos, con tal que hayan nacidos vivos. Esta disposición se aplica únicamente a los hijos cuya filiación está legalmente probada, salvo que, en caso de reconocimiento voluntario, se pruebe que el donante tenía conocimiento de la existencia del hijo la tiempo de la donación*". La prescripción de esta acción de revocación es de cinco (5) años según el artículo 1.464 *eiusdem*.

artículo 1.434 del Código Civil salvo disposición en contrario de las partes, la muerte extingue la donación cuyo objeto son las prestaciones periódicas[896]. La donación se puede revocar por causa de ingratitud y por supervivencia de hijos[897]. La revocación de la donación por causa de ingratitud en caso de muerte del donante sin haber conocido tal ingratitud puede ser intentada por los herederos[898].

El contrato de *sociedad* regulado en los artículos 1.649 y siguientes del Código Civil se extingue en principio con la muerte de uno de los socios, según prevé el artículo 1.673, ord. 3 *eiusdem*. Sin embargo, la muerte de alguno de los socios podría no ser causa de extinción de la sociedad si las partes han previsto la continuación de la misma entre los socios sobrevivientes o con los herederos del socio fallecido de conformidad con el artículo 1.676 *eiusdem*. En materia mercantil se aprecian igualmente algunas sociedades que igualmente se disuelven con la muerte, según indica el artículo 341 del Código de Comercio[899].

El contrato de *mandato* previsto en los artículos 1.684 y siguientes del Código Sustantivo igualmente se extingue por la muerte del mandante o del mandatario, de conformidad con el artículo 1.704, ord. 3 *eiusdem*.

El contrato de *comodato* podría tener carácter personalísimo y culminar con la muerte del comodatario si se ha estipulado en contemplación a éste último. De lo contrario las obligaciones y derechos de comodante y comodatario se transmiten a sus herederos[900]. Contrariamente el con-

---

[896] La citada norma prevé: "*La donación que tenga por objeto prestaciones periódicas, se extingue con la muerte del donante, a menos que del contrato resulte una voluntad distinta*".
[897] Véase artículo 1.459 del Código Civil.
[898] Véase artículo 1.461 del Código Civil.
[899] Que indica: "*La sociedad en nombre colectivo se disuelve por la muerte, interdicción e inhabilitación o quiebra de uno de los socios, si no hay convención en contrario.*
La sociedad en comandita se disuelve, si no hay convención en contrario por la muerte, quiebra, interdicción o inhabilitación de los socios solidarios o de alguno de ellos.
La disolución de las sociedades en comandita por acciones no tiene lugar si el socio muerto, quebrado, inhabilitado o entredicho, ha sido subrogado con arreglo al artículo 241.
Salvo convención en contrario, la sociedad de responsabilidad limitada no se disuelve por la muerte, interdicción o quiebra de uno de los socios, ni por la remoción de los administradores.
La sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada no se disuelve por haber adquirido uno de los socios todas las acciones o cuotas de sociedad".
[900] Dispone el artículo 1.725 del Código Civil: "*Las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a sólo la persona del comodatario, pues, entonces los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa dada en préstamo*". Véase *supra* N° III.3.2.1., ello tiene lugar porque se trataría de un derecho patrimonial pactado por la especial condición de la persona.

trato de arrendamiento no se resuelve por la muerte del arrendador ni por la del arrendatario[901]. Aunque por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, pensamos que el arrendamiento pudiera igualmente tener carácter personalísimo si se pacta en función de la particular condición del arrendatario, en cuyo caso cesaría a la muerte de éste.

Con relación a la *gestión de negocios*, la muerte del dueño no hace cesar la gestión hasta tanto el heredero pueda continuar su dirección de conformidad con el artículo 1.174 del Código Sustantivo[902].

En materia de obligaciones, el vencimiento del *plazo* acontecido después de la muerte del deudor por sí solo no constituye en mora al heredero sino que se precisa de requerimiento o algún acto equivalente de conformidad con el artículo 1.269 del Código Civil[903].

Con relación al contrato de *depósito* en caso de muerte del depositante, la devolución deberá hacerse a su heredero[904].

En materia de requisitos para contraer matrimonio la proximidad inminente a la muerte nos coloca ante las normas especiales relativas al "matrimonio en artículo de muerte"[905].

El *reconocimiento* a los fines del establecimiento de la filiación no obstante ser un acto personalísimo, puede ser hecho por los herederos del progenitor una vez fallecido éste de conformidad con el artículo 224 del Código Civil[906]. Esto tiene sentido útil a los fines de evitar la

---

[901] Véase artículo 1.603 del Código Civil.

[902] Señala la norma: "*Está también obligado a continuar la gestión, aun cuando el dueño muera antes de que el negocio esté concluido, hasta que el heredero pueda tomar su dirección*".

[903] Que prevé: "*Si la obligación es de dar o de hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención.*
Si el plazo vence después de la muerte del deudor, el heredero no quedará constituido en mora, sino por un requerimiento u otro acto equivalente; y, únicamente ocho días después del requerimiento.
Si no se establece ningún plazo en la convención, el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente".

[904] Véase artículo 1.767 del Código Civil.

[905] Véase artículos 96 al 102 del Código Civil.

[906] Que prevé: "*En caso de muerte del padre o de la madre, el reconocimiento de la filiación puede ser hecho por el ascendiente o ascendientes sobrevivientes de una u otra línea del grado más próximo que concurran en la herencia, de mutuo acuerdo si pertenezcan a la misma línea, y en las condiciones que establecen las disposiciones contempladas en los artículos de esta sección y con iguales efectos*". Véase sobre tal posibilidad: Domínguez Guillén, María Candelaria: *El reconocimiento voluntario de la filiación*. En: Revista N° 23. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006, pp. 41-43.

correspondiente acción de inquisición de la paternidad o la maternidad que puede intentarse contra los herederos de conformidad con el artículo 228 *eiusdem*.

Después de la muerte de una persona no podrán a impugnarse los actos jurídicos realizados en razón de incapacidad natural, salvo que la interdicción se haya promovido con anterioridad a la muerte o que la prueba de la enajenación mental resulte del acto mismo[907].

Muchas serán las relaciones o situaciones jurídicas que pueden verse afectadas con el hecho fundamental de la muerte. Habrá que atender a las previsiones legales al respecto y a la naturaleza del derecho de que se trate.

4. SISTEMAS EN CASO DE MUERTE SIMULTÁNEA

4.1 *INTRODUCCIÓN*

En algunas circunstancias tiene particular interés precisar el momento exacto del fallecimiento de varias personas, porque el orden de las muertes puede ser determinante en la porción de derechos sucesorales de los respectivos herederos. Esto porque como sabemos para suceder o heredar, se precisa sobrevivir al causante[908]. En consecuencia, hereda quien muere después del *de cujus*. Así, en materia de sucesiones podría tener especial importancia la determinación de la persona que murió primero, pues ello puede variar los derechos sucesorios de los vivos[909].

"Existen supuestos en los que fallecidas varias personas ligadas entre sí por vínculos de parentesco, no existe certeza a la hora de determinar cual de ellas ha muerto primero, y como, para producirse la adquisición de derechos por causa de muerte, es preciso que quien pretende suceder haya vivido más tiempo –por mínimo que sea– que la persona a la que pretende suceder, se hace necesario que el Derecho establezca reglas que fijen el momento de la muerte de tales personas. Los supues-

---

[907] Véase artículo 406 del Código Civil.

[908] Véase: Enneccerus y otros, *Ob. Cit.,* p. 330, sólo puede ser heredero o legatario, el que *sobreviva* al causante.

[909] De la misma forma que según indicamos *supra* II.2.2.1. el nacimiento vivo de un ser le atribuye la condición de persona o sujeto de derecho y por tal razón podría variar el orden de suceder o los derechos sucesorales de los terceros.

tos son frecuentes: por ejemplo, en un accidente de circulación mueren padre, hijo y nieto, que son personas llamadas a sucederse entre sí, para lo cual es preciso probar cual de ellas ha vivido más tiempo"[910]. "Determinar entonces quién ha muerto primero tiene trascendencia decisiva en orden al destino de los bienes. Si murió primero el padre, le hereda el hijo, y a éste sus herederos; pero si murió primero el hijo, le hereda el padre, y a éste sus herederos también. Y ello porque para heredar, según dijimos es necesario sobrevivir al causante de la herencia"[911].

Si por ejemplo, en un accidente fallece una pareja de esposos, la determinación de quién de ellos murió primero será fundamental a los efectos de los llamados a sucederlos porque para heredar a alguien hay que sobrevivir al causante y el cónyuge que muera con posterioridad heredaría al premuerto y aumentaría el haber de sus propios causantes[912]. Llambías refiere este mismo ejemplo: "Así en el caso de que marido y mujer perezcan en un accidente, si no dejaren hijos, tendría la mayor importancia saber cual de los cónyuges falleció primero, pues el otro en calidad de heredero suyo recibiría sus bienes y por efecto de la ulterior muerte los transmitiría, a su vez, a sus propios parientes. Por el contrario, de no poderse acreditar esa transmisión de derechos entre los cónyuges, los bienes de cada esposo corresponderían a los herederos legítimos respectivos, sin que los parientes de la mujer pudieran recibir indirectamente los bienes del marido, ni los parientes de éste los bienes de la esposa"[913]. Un supuesto similar ejemplifica Borda: viajan juntos el padre y el hijo casado, si se probase que el hijo falleció algunas horas después de aquel, los bienes del progenitor pasarán al poder de su nuera en la porción que le correspondiera a su marido, puesto que la muerte del padre tuvo como efecto la trans-

---

[910] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 13.
[911] Diaz-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 62.
[912] Si tales esposos tuviesen únicamente descendientes comunes probablemente el orden de la defunción no tendría mayor repercusión, pero de no existir descendientes, la herencia entonces se dividiría entre el cónyuge y los ascendientes, y en tal caso, el orden de las muertes sería determinante a los fines de acrecentar o disminuir la cuota de cada uno de los herederos en cuestión. Si el esposo falleció primero, a falta de descendientes le sucede su esposa y ascendientes; a su vez, a la esposa le suceden los ascendientes, a falta de cónyuge y descendientes. Ciertamente los ascendientes de la esposa verán sustancialmente incrementada su cuota en el caso de que ella falleciera con posterioridad. Todo ello evidencia la importancia patrimonial del orden de las muertes en un caso concreto.
[913] Llambías, *Ob. Cit.,* p. 582.

misión de sus derechos al hijo, y la muerte de éste a su cónyuge. Si, por el contrario, el padre hubiera muerto algunas horas después que el hijo, la nuera no hereda la referida porción[914].

Puede ocurrir entonces que la adquisición de un derecho por ley o por voluntad privada se encuentre supeditada a la supervivencia del favorecido, planteándose la cuestión de determinar si dicho favorecido murió antes que el transmitente (premoriencia), o si ambos murieron conjuntamente (comoriencia), por no ser posible la prueba del orden cronológico en que los fallecimientos sucedieron realmente[915]. Los diversos ordenamientos jurídicos resuelven el problema de la sucesión en caso de muerte común adoptando el sistema de la premoriencia o de la conmoriencia. "El problema conocido con las denominaciones de 'conmoriencia' y 'premoriencia' se presenta íntimamente vinculado con la determinación del momento de la extinción de la personalidad, con la muerte de la persona. Se plantea cuando existe duda acerca del orden en que han fallecido dos o varias personas e incide sobre la producción de un efecto jurídico"[916]. Veamos cada uno de los sistemas indicados:

4.2 *LA PREMORIENCIA*

El sistema de la premoriencia se basa en la presunción de que *sobrevive el más fuerte*. Tal determinación tiene lugar con base a ciertos criterios objetivos como el sexo y la edad[917].

El Derecho romano establecía la premoriencia[918] y así los romanos consideraban que si el descendiente era púber se entendía premuerto el

---

[914] Borda, *Manual...*, p. 153.
[915] Lete del Río, *Ob. Cit.,* p. 55.
[916] Aguilar Benítez y otros, *Ob. Cit.,* p. 35.
[917] Véase: Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* p. 104.
[918] Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 29: El derecho romano y tras él las partidas disponían que si en un mismo accidente perecían marido y mujer, debía entenderse premuerta ésta por ser más débil; si eran el padre y / o la madre y un hijo mayor de catorce años los muertos, se entendían fallecidos primero los progenitores, pero si el hijo era menor de dicha edad, se le consideraba premuerto en atención a su escasa fortaleza. Véase igualmente: Bravo Casas, *Ob. Cit.,* p. 39: Por ella entendían los romanos que al presentarse el desastre, las personas menores perecían antes que los adultos, y entre los de mayor edad, la muerte dependía de la constitución física y del sexo. Véase también: Scannapieco, Antonio: *El Derecho Romano.* En http://www.ameritalia.id.usb.ve/piazz.studi.storia.002.roma.diritto.htm , El derecho romano estableció dos presunciones de premoriencia: Si en un mismo suceso, batalla, naufragio, incendio, fallecen el padre y el hijo, el hijo impúber falleció primero que su padre, el padre falleció antes que su hijo púber.

ascendiente, mientras que si era impúber se consideraba primero muerto el descendiente; este sistema de premoriencia lo recogió la legislación francesa y lo amplió presumiendo siempre la supervivencia del más fuerte en base a ciertos criterios de edad y sexo: sobrevive el mayor si ambos eran jóvenes, el más joven si son mayores de sesenta, el más joven si uno era mayor de 15 y el otro mayor de sesenta, sobrevive el varón si son de sexos diferentes[919]. El artículo 720 del CC francés consagró: "*si varias personas recíprocamente llamadas a la sucesión una de otra, perecen en un mismo acontecimiento, sin que se pueda saber cual murió primero, la presunción de supervivencia se determina por las circunstancias de hecho, y en su defecto, por la fuerza de la edad y del sexo*"[920].

Se le criticó a este sistema la extrema arbitrariedad con que se pretende determinar el orden de las muertes, porque en definitiva la supervivencia no guarda relación alguna con aspectos tales como la fortaleza, el sexo o la edad[921]. Se observan ejemplos de la vida diaria en los que la supervivencia no depende en lo absoluto del sexo o la edad; y así en múltiples casos sobreviven quienes la premoriencia considera débiles, a saber, las mujeres[922] o los niños. Esto porque en definitiva el sobrevivir a una catástrofe no se relaciona con la edad, el sexo o la fuerza, sino con circunstancias enteramente aleatorias e impredecibles.

Por ello, la teoría de referencia (fundada en presunciones muy arbitrarias) ha de considerarse hoy derrotada en el terreno científico y en el legislativo, pues la mayoría de los Códigos modernos (italiano, portugués, argentino, chileno, austríaco, alemán, suizo, brasilero, etc.) han aceptado el sistema contrario o de la conmoriencia[923]. Veamos de seguidas en qué consiste dicho sistema.

4.3 *LA CONMORIENCIA*

Este sistema sostiene que a falta de pruebas se considera que todas las personas han fallecido al mismo tiempo. La *conmoriencia* supone así

---

[919] Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* pp. 121 y 122.
[920] Bonnecase, *Ob. Cit.,* p. 105, En los artículos 721 y 722 *eiusdem* se indica que "*si los que han perecido juntos tenían menos de quince años, se presume que el más grande sobrevivió*".
[921] Generalmente existen otras circunstancias que juegan un papel determinante al respecto, especialmente en materia de catástrofes.
[922] Basta recordar por ejemplo, el accidente donde perdió la vida la princesa Diana de Gales, en el que según reseña la prensa murió primero el hombre que estaba con ella.
[923] Castán Tobeñas, *Ob. Cit.,* p. 116.

una presunción de muerte simultánea.

En España se denomina *comoriencia*, en Chile y Colombia, se denomina *comuriencia*. Con relación a ello señala Parra Benítez que tradicionalmente, a esta figura, se la llama conmuriencia o conmoriencia, palabras que no recoge el diccionario y que "*co*" o "*con*" son preposiciones equivalentes que denotan reunión[924]. La premoriencia refiere que alguien murió o falleció primero en tanto que la conmoriencia supone o denota "*muerte a la vez*", o más precisamente simultaneidad en la muerte o "*muerte simultánea*". Así cuando se alude a "premuerto" se quiere significar que tal persona falleció antes que otro sujeto[925]. Contrariamente, el sistema de conmoriencia supone una muerte paralela o simultánea.

"La determinación del momento de la muerte adquiere tintes de particular complejidad cuando fallecen simultáneamente dos o más personas que tuvieran recíprocamente derecho a heredar a las otras, como ocurriría en el supuesto típico de nuestros días: accidente aéreo, automovilístico, etc., en el que fallecen padres e hijos"[926].

Se trata de establecer el sistema de sucesión en los bienes, porque suele ser muy difícil dar cuenta de quién murió primero y cuál ha de ser la transmisión de bienes entre fallecidos[927]. Con frecuencia resulta imposible determinar quién ha muerto primero y en tal caso la ley presume que todas las personas que hubieren fallecido en un desastre común, o en cualquier otra circunstancia, que el deceso ha ocurrido al mismo tiempo, sin que pueda alegarse transmisión alguna de derechos entre ellos[928].

En nuestro ordenamiento jurídico la conmoriencia se encuentra consagrada en el artículo **994** que prevé: "*Si hubiere duda sobre cual de dos o más individuos llamados recíprocamente a sucederse, haya*

[924] Parra Benítez, *Ob. Cit.,* 1988, p. 98.
[925] Así por ejemplo, el artículo 477 del Código Civil refiere que entre las menciones que debe contener la partida de defunción, se debe colocar "el nombre y apellido del cónyuge sobreviviente o el del cónyuge ***premuerto***". (destacado nuestro). Esto es, se alude al cónyuge fallecido previamente.
[926] Lasarte, *Ob. Cit.,* p. 185.
[927] Cifuentes, *Ob. Cit.,* p. 229.
[928] Borda, *Manual...,* p. 153. Véase también: Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 72.

muerto primero que el otro, el que sostenga la anterioridad de la muerte del uno o del otro deberá probarla. A falta de prueba se presumen todos muertos al mismo tiempo y no hay transmisión de derechos del uno al otro". Tal disposición se presenta similar a la del Código Civil argentino[929] y del Código Civil español[930]. Otros ordenamientos consagran sustancialmente la misma regla[931].

"Cuando dos o más personas llamadas a sucederse mueren, sin causa que pueda acreditar el orden cronológico de los fallecimientos, se presumirá, con presunción *iuris tantum*, que han muerto al mismo tiempo. Por ejemplo, si dos personas, padre e hijo, fallecen en un accidente aéreo, la ley presume que han muerto al mismo tiempo, pero quien tenga interés en acreditar que uno de los dos murió antes, podrá, si tiene pruebas suficientes de ello, hacerlo, y, si le convence al juez, éste así lo declarará[932]. La presunción es *iuris tantum*, por lo que siempre queda, a quien invoque lo contrario probar que uno de los dos

[929] Véase: Cifuentes, *Elementos...,* p. 229, de conformidad con el artículo 109 del Código Civil argentino que prevé: "*Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas*". Véase: Ghersi, *Derecho...*, p. 168, en Argentina se consagra la conmoriencia en el artículo 109 del CC. Teniendo en cuenta lo arbitrario de las presunciones de premoriencia Vélez Sársfield decidió adoptar la forma que dictó Bello para el Código de Chile y que también compartía Freitas, declarando a todos muertos en el mismo instante sin producirse transmisión de derechos de unos a otros.

[930] Indica el art. 33 del CC español: "*Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quien de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos del uno al otro*".

[931] Véase en el mismo sentido: *Bolivia*, CC artículo 2°, II "Cuando en un siniestro o accidente mueren varias personas y no puede comprobarse la premoriencia para determinar un efecto jurídico, se considera que todas murieron al mismo tiempo". (http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/bolivia/ley11.HTM); *Costa Rica*, CC artículo 35 (http://www.costaricalaw.com/LEGALNET/civil_law/libro1.php); *Cuba*, CC artículo 27 (http://cubanet.org/ref/dis/civil_1.htm); *Guatemala*, CC artículo 3 (http://www.mintrabajo.gob.gt/varios/compendio_leyes/codigo_civil); CC de Paraguay, Art. 34.- "Si dos o más hubiesen muerto en una misma ocasión, sin que pueda determinarse quién murió primero, se presume, a los efectos jurídicos, que fallecieron al mismo tiempo", http://www.leyes.com.py/rubros/constitucion_codigos_convenios/codigos/Codigo_civil/LibroI/I_tituloI.html. Véase redacción de CC Puerto Rico, Art 26. (31 L.P.R.A. sec. 83) "Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de o de otra, debe probarla; a falta de prueba, y de circunstancias especiales de donde inferirla, se presumirá la supervivencia de acuerdo con las reglas que establece la ley de evidencia" (http://www.lexjuris.com/LEXLEX/lexcodigoc/lexdispgenerales.htm).

[932] Marín Pérez, *Ob. Cit.,* p. 77.

fallecidos murió antes o después del otro, sea por informes del hospital que los atendió o por otros medios de prueba, que habrá de ponderar el juez según la sana crítica[933].

Para algunos autores el citado artículo 994 del Código Civil no establece presunción alguna sino que representa una simple aplicación de las reglas sobre pruebas[934]. Al respecto, indica Lete del Río que a pesar de la expresión utilizada por la norma del Código Civil español "*se presumen*" no se trata de una verdadera presunción en sentido técnico sino una mera declaración legal de comoriencia ante la imposibilidad de prueba. Y al efecto sigue a Bercovitz quien señala que "es evidente que la regla contenida en él supone la eliminación de toda presunción y la aplicación del principio de que quien alegue algo de su derecho debe probarlo. Si ninguno de los interesados puede demostrar que una de las personas murió antes o después (carga de la prueba), es lógico que el ordenamiento opte por entender que las muertes se han producido al mismo tiempo, solución neutra que no supone ninguna presunción, sino todo lo contrario"[935].

Otros autores –acertadamente en nuestro criterio– aprecian en la conmoriencia una verdadera presunción *iuris tantum*. En el ámbito nacional, Contreras, Marín Echeverría y Graterón Garrido indican que se trata de una verdadera *presunción de conmoriencia*[936]. En el Derecho español refiere Serrano Alonso que "la 'comoriencia' significa una presunción de muerte simultánea de todas las personas llamadas a sucederse entre sí, presunción que deja de aplicarse cuando se prueba que la muerte de cada una de ellas ha ocurrido en distinto momento; prueba que deberá efectuar quien alegue la existencia de ese momento distinto de las

---

[933] Cifuentes, *Ob. Cit.,* p. 229.
[934] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* p. 60. Véase en este sentido: Hung Vaillant, *Ob. Cit.,* p. 105, Hung Vaillant siguiendo a López Herrera indica que no se trata de una presunción pues al aplicar la citada norma no se está partiendo de un hecho conocido para dar por probado un hecho desconocido sino que simplemente se está afirmando un hecho probable en ausencia de prueba pero admitiendo expresamente la posibilidad de prueba en contrario.
[935] Lete del Río, ob. cit, p. 56. Véase en el mismo sentido: Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 29; O´Callaghan, *Ob. Cit.,* p. 242; Véase igualmente en el derecho español: Martínez de Aguirre Aldaz, *Ob. Cit.,* p. 357, quien indica que para la doctrina mayoritaria, no estamos propiamente ante una presunción, sino ante una aplicación de las reglas sobre carga de prueba.
[936] Véase: Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* p. 123; Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* p. 212; Graterón Garrido, *Ob. Cit.,* p. 383.

muertes"[937]. Martínez de Aguirre Aldaz, indica que la norma en el Código Civil español precisamente presume *iuris tantum* que las muertes han ocurrido a la vez, la no transmisión de derechos entre los fallecidos que establece el precepto no es consecuencia inmediata de la falta de pruebas, sino de la presunción de simultaneidad de los fallecimientos[938]. En el mismo sentido se pronuncia Cifuentes en el Derecho argentino[939].

En nuestro concepto, la regla del citado artículo 994 del Código Civil consagra una presunción *iuris tantum* de muerte simultánea y el hecho de que la norma expresamente prevea la posibilidad de desvirtuarla por prueba en contrario no le resta tal carácter de presunción sino que contrariamente lo reafirma. Las presunciones *iuris tantum* pueden ser desvirtuadas mediante prueba en contrario y ésta es precisamente la característica distintiva de las mismas[940]. El hecho conocido es la muerte y el hecho desconocido en este caso es la simultaneidad de las mismas a falta de prueba.

Así mismo, se ha indicado que tal norma del artículo 994 del Código Civil es aplicable por analogía a otros supuestos en que se precise determinar la prioridad de la muerte de dos o más personas aunque no estén llamadas a sucederse recíprocamente. Se tiende a defender una concepción amplia y extensiva del ámbito de aplicación de la regla sobre conmoriencia. Por ejemplo si se trata de una sucesión testamentaria o *ab intestato*, así como el pacto de reversión de la donación en caso de sobrevivir el donante al donatario[941], la revocatoria de la donación por supervivencia de descendientes no conocidos del donante[942] y la estipulación de un seguro de vida en favor del propio estipulante y de un

[937] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 14. Véase igualmente sentencia española del STS de 4-12-48 que establece que la conmoriencia es una presunción establecida por el indicado precepto legal y las presunciones establecidas por la ley relevan de toda prueba a los favorecidos por ellas". (citado por Martínez de Aguirre Aldaz, *Ob. Cit.,* p. 357).
[938] Martínez de Aguirre Aldaz, *Ob. Cit.,* p. 357.
[939] Cifuentes, *Elementos...,* p. 229.
[940] Existen otras disposiciones en que la ley además de señalar expresamente que "*se presume*" agregan la expresión "*salvo prueba en contrario*" a fin de denotar que se trata de presunciones *iuris tantum* o que admiten prueba en contrario, tal es el caso de los artículos 211 y 213 del CC.
[941] Véase artículo 1.453 CC.
[942] Véase artículo 1.462 CC.

beneficiario[943]. De manera pues que no obstante que el artículo 994 del Código Civil venezolano se refiere al supuesto de que dos o más personas estén llamadas a sucederse recíprocamente, tal norma se aplicaría igualmente ante cualquier caso donde sea relevante determinar el orden de las muertes como es el caso de la reversión de la donación[944].

La conmoriencia se aplica aunque los sujetos no hayan muerto en el mismo suceso, y a pesar inclusive que hayan estado separados en distintos lugares; basta que no pueda establecerse el tiempo del fallecimiento de cada una[945]. Así, por ejemplo si padre e hijo fallecen el mismo día pero en siniestros diferentes y existe dificultad en cuanto a la precisión del momento exacto de las muertes se presumirá a falta de pruebas que ambos han fallecido en forma simultánea y no habrá transmisión de derechos del uno al otro. Lo mismo sucede en la legislación argentina en la que se indica que no es indispensable la conexión de una y otra muerte, que lo hacer ver la frase "si hubiesen fallecido en una desastre común o en cualquier otra circunstancia"[946]. En el mismo sentido, se pronuncia Lasarte respecto de la legislación española al referir que la aplicación del artículo 33 debe mantenerse incluso en el supuesto de que, siendo la muerte simultánea, su causa y lugar sean diferentes. La razón de ello estriba, en que tal disposición no se refiere a fallecimiento de personas en supuestos de catástrofe. Ergo, la norma deberá aplicarse a todo caso de duda sobre la supervivencia entre dos personas fallecidas simultáneamente, aun en circunstancias normales[947].

---

[943] Aguilar Benitez, Mariano y otros, *Ob. Cit.,* p. 37. Véase también: Carrasco Perera, *Ob. Cit.,* p. 72, El ejemplo más claro es del seguro de vida en el que se designa como beneficiario a una persona (Dorotea) que fallece en el mismo accidente que la persona cuya vida estaba asegurada (Antonio); en este caso, la percepción por Dorotea (o más bien por sus herederos) de la indemnización derivada del seguro estará supeditada a la prueba de que murió después de Antonio, pues de lo contrario el importe de la indemnización formará parte del patrimonio del tomador.

[944] Así por ejemplo, el donante y el donatario pueden no ser ni siquiera parientes y en consecuencia no están llamados a sucederse recíprocamente. Sin embargo, el donante puede haber subordinado la donación a la sobreviencia del donatario, es decir que éste fallezca con posterioridad al donante. En este último caso tal posterioridad en la muerte ha de entenderse como es lógico, aunque sea un instante siquiera y en tal supuesto será determinante indagar el orden de las muertes porque de haber sobrevivido el donatario sus herederos verán incrementado su haber por el bien objeto de donación. Véase artículo 1.453 del Código Civil.

[945] Véase en este sentido: Cifuentes, *Ob. Cit.,* p. 229; Ghersi, *Derecho...*, p. 168; Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* pp. 306 y 307; Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 29.

[946] Llambías, *Ob. Cit.,* p. 584.

[947] Lasarte, *Ob. Cit.,* p. 186.

Contrariamente el artículo 79 del Código Civil chileno señala "*en un mismo acontecimiento*" por lo que se ha interpretado que se requiere la muerte en un mismo lugar y a consecuencia de una misma causa[948]. Dicha exigencia por inspiración del Código Civil Chileno de Andrés Bello de 1855 se apreció en nuestro primer Código Civil de 1862[949] y se reprodujo en el Código Civil de 1867[950]. En mismo sentido se aprecia el Código Civil colombiano[951], del Salvador[952] y de Nicaragua[953]. Sin embargo, la legislación venezolana actual en modo alguno exige en su artículo 994 del Código Civil que la muerte tenga lugar en el mismo acontecimiento, lo importante será la dificultad en precisar el orden de las muertes en un supuesto cualquiera[954]. Idea que se introdujo a partir de nuestro Código Civil de 1873 y que se ha mantenido hasta la actualidad[955]. De tal suerte que pudiera plantearse la situación de dos personas llamadas a sucederse recíprocamente que mueren por ejemplo el mismo día pero en acontecimientos distintos, a saber, por ejemplo el hijo

---

948 Véase: Ducci Claro, *Ob. Cit.*, p. 100.

949 Véase Código Civil de 1862, Libro Primero, Titulo II, Lei II, artículo 2°: "*Si por haber perecido dos o más personas en **un mismo acontecimiento**, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera; no puede saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procede en todos casos (sic) como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a la otra". (*Destacado nuestro).

950 Véase Código de Civil de 1867, artículo 284.

951 Véase igualmente: Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Ob. Cit.*, p. 326. Indica el artículo 95 del CC colombiano: "*Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como un naufragio, incendio, rutina o batalla, o por otra causa cualquier no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todo caso como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras*". Véase también: Bravo Casas, *Ob. Cit.*, p. 40, señala que el artículo 1015 del Código Civil colombiano agrega a los anterior: "*Si dos o más personas, llamadas a suceder una a otra, se hallan en el caso del artículo 95, ninguna de ellas sucederá en los bienes de los otros*". Véase también: http://www.dafp.gov.co/leyes/C_CIVIL.HTM

952 Véase CC El Salvador, artículo 78 (http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweesa.htm)

953 Véase CC Nicaragua, artículo 47 (http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwenic.htm)

954 Véase en sentido contrario al nuestro: Graterón Garrido, *Ob. Cit.*, p. 383, quien indica "el artículo exige implícitamente que la muerte ocurra en el mismo acontecimiento, es decir, que sea dependiente de la misma causa".

955 Véase artículo 868 del Código Civil de 1873: "*Si entre dos o más individuos llamados respectivamente a sucederse hubiere duda sobre cual de ellos murió primero, el que sostiene la anterioridad de la muerte del uno o del otro debe probarlo: a falta de prueba se presumen todos muertos al mismo tiempo y no hay transmisión de derechos del uno al otro*". Dicha norma se repite sustancialmente en los siguientes Códigos Civiles (véase: Código Civil de 1880, artículo 874; Código Civil de 1896, artículo 895; Código Civil de 1904, artículo 901). En el artículo 987 del Código Civil de 1916 se adopta la redacción actual de la norma, la cual se repite en los textos siguientes (véase: Código Civil de 1922, artículo 987; Código Civil de 1942, artículo 994).

fallece en Caracas y el padre en el Estado Táchira. En ese caso, si bien no se trata del mismo acontecimiento, la cercanía de las muertes en el tiempo podría hacer dudar de la temporalidad de cada una a los efectos de la sucesión y en tal supuesto entraría en aplicación la citada disposición del artículo 994 del Código Civil.

La mayor parte de las legislaciones modernas establecen una regla de conmoriencia o de no supervivencia, presumiendo en ausencia de prueba en contrario, que todas las personas fallecidas en la misma ocasión han muerto simultáneamente[956].

De manera pues, que en definitiva quien pretenda un derecho basado en el orden de las muertes de varias personas, tendrá la carga de la prueba. Es decir, habrá de probar la premoriencia que alega. Resumiendo podemos decir al igual que una sentencia española del 4 de diciembre de 1948, que quien alegue la premoriencia debe probarla, es decir, que quien sostenga la muerte anterior de alguien debe acreditarla pues de lo contrario todos se presumen muertos al mismo tiempo y no hay lugar a transmisión de derechos del uno al otro[957]. Se concluye acertadamente que el que

---

[956] Aguilar Benítez, Mariano y otros, *Ob. Cit.,* p. 35.

[957] Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 62. Vale la pena referir algunos extractos y comentarios que hace Martínez de Aguirre y Aldaz, *Ob. Cit.,* p. 356, La citada sentencia del 4 de diciembre de 1948 dictada por la STS analizaba el caso de dos cónyuges que se habían instituido recíprocamente herederos y fueron fusilados el mismo día durante la guerra civil española; de las respectivas inscripciones de defunción resultaba que había fallecido la mujer en primer lugar, y cinco minutos después su marido. El TS afirma que quien sostenga la muerte anterior es el que debe justificarla pero quien afirme la conmoriencia y consiguientemente la intransmisión de derechos entre las mismas, no tiene que probar otra cosa sino el estado de duda que existe porque supuesta tal situación, la conmoriencia es una presunción establecida en la ley y las presunciones establecida en la ley relevan de toda prueba a los favorecidos por ellas. Sigue el TS indicando que la sentencia recurrida declara que no haya podido determinarse, dadas las circunstancias en que la muerte de ambos cónyuges se produjo, cual de los dos murió primero, a cuya declaración llega la sentencia como consecuencia de la apreciación de las pruebas al indicar que si bien es cierto que las actas del Registro Civil constituyen la prueba de estado civil de las personas, tal prueba tiene carácter provisional en cuanto no se suscita contienda ante los Tribunales que pongan en entredicho la verdad del contenido de tales actas, pues cuando tal contienda se suscita, la eficacia de las mismas queda subordinada a que los Tribunales las confirmen, por responder su contenido a la realidad de los hechos, o las nieguen por no reflejar tal realidad y esto último es lo que declara la sentencia recurrida. Agrega el autor citando a Diez-Picazo que la sentencia es llamativa porque parece pasar por alto la presunción de conmoriencia del artículo 33 del Código Civil español por delante del valor probatorio de la inscripción de Registro Civil, pero no es tan incorrecta su doctrina pues considera como hechos probados, así establecidos en la sentencia de instancia que no ha podido demostrarse cual de los cónyuges falleció primero, es decir, que se desvirtúa mediante una declaración judicial la verdad oficial que consta registralmente, que genera el estado de duda que hace que entre en aplicación la conmoriencia.

afirme la premoriencia es el que debe justificarla, esto es que "*la premoriencia debe ser probada*"[958]. Consecuentemente, si se prueba la premoriencia, habrá sucesión a favor del fallecido en último lugar[959].

La prueba de la premoriencia tendrá lugar ciertamente por cualquier medio en razón de la libertad probatoria que consagra nuestro ordenamiento procesal. Sin embargo, debemos comenzar señalando que la correspondiente *partida de defunción* hace en principio prueba del día y la hora de la muerte[960], salvo prueba en contrario. En efecto, la mención de la *hora* contenida en la partida de defunción podría ser desvirtuada en juicio mediante la prueba en contrario de conformidad con el artículo 457 del Código Sustantivo[961]. La prueba del tiempo de la muerte es fundamental a los fines de desvirtuar la conmoriencia y así lo ha referido una reciente decisión judicial, al considerar que ciertamente el padre del adolescente falleció primero porque la muerte tuvo lugar en la autopista al momento del accidente y la del menor con posterioridad en el hospital, por lo que éste

---

[958] Pugliatti, *Ob. Cit.,* p. 183. Así en el ámbito nacional refiere Graterón Garrido que si nadie puede probar la premoriencia en que fundaría su derecho, ha de entenderse que ambos sujetos murieron al mismo tiempo. (*Ob. Cit.,* p. 383). Véase, interesante sentencia de la Audiencia Provisional de Salamanca del 30-6-94, citada por Cobo Plana, *Ob. Cit.,* pp. 41 y 42, le corresponde exclusivamente a la parte actora la rigurosa demostración de que la niña Taina falleció con posterioridad a su padre porque la tremenda violencia del choque y el incendio subsiguiente del vehículo con la cremación de ambos cuerpos no permite conocer la certeza del orden de las muertes, por lo que encuentra aplicación la presunción consagrada en el artículo 33 del Código Civil.

[959] Moreno Quesada, *Ob. Cit.,* p. 98.

[960] En la cual se debe indicar la hora de la muerte según indica el artículo 477 del CC. Dicha norma prevé: "La partida de defunción expresará, *día y hora* de la muerte...". (Destacado nuestro). Véase también: Reforma Parcial Ordenanza sobre Cementarios Municipales, del Mérida (Municipio Libertador), 16-11-2001, www.cmmlm.com.ve/Ordenazas_y_**Gaceta**s/2001/**Gaceta**_Municipa_Exaord_N73_2001.pdf. Artículo 16.- "Las autoridades civiles no podrán expedir ningún certificado de inhumación sin que se le presente el certificado médico...*Cuando el médico no puede certificar la hora, el funcionario indicado en el presente artículo lo requerirá de las personas que le dieron el aviso, o de quien se pudiera obtener de manera más precisa*...". (Destacado nuestro).

[961] Que prevé que las declaraciones de los comparecientes, sobre hechos relativos al acto, "*se tendrán como ciertas hasta prueba contrario"* a diferencia de las declaraciones del funcionario que tienen el carácter de auténticas y en consecuencia precisan ser desvirtuadas mediante la tacha de falsedad.

hereda a su progenitor[962]. De no probarse la prioridad en la muerte, no habrá transmisión...". de derechos, de conformidad con el artículo 994 del Código Civil, según refiere otra decisión judicial[963].

Para probar el orden de las muertes además de la correspondiente partida de defunción podría acudirse si las circunstancias lo requieren a las correspondientes experticias médicas[964]. En cuanto al tiempo de la muerte se presentan particularmente importantes las experticias médico-forenses, tal es el caso del estudio de los fenómenos cadavéricos[965], así

---

[962] Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Juez Unipersonal N° 1, Sent. 26-3-07, Exp. 7804, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/521-26-7804-213.html "De lo antes explicado, se puede observar que en el presente caso, de los sistemas de muerte antes descritos, premoriencia y conmoriencia, solo se podría aplicar el sistema de conmoriencia, ya que el mismo es acogido por nuestra legislación, en virtud de que es el mas aceptado, y en el caso de autos, se evidencia que tanto el ciudadano...como el adolescente..., fallecieron en el mismo accidente automovilístico, por lo que se debe determinar si los mismos murieron al mismo tiempo o no, para la aplicación de este sistema". Y se agrega: "No obstante, en virtud de que el ciudadano...falleció en la autopista Rómulo Betancourt Sector El Morro Municipio Manuel Bruzual, Estado Anzoátegui, y el adolescente falleció en el Hospital Tipo I de Boca de Uchire, del mismo Estado Anzoátegui, se puede determinar que el mencionado ciudadano falleció con anterioridad al adolescente..., pasando este entonces a ser heredero de su progenitor, y posteriormente con la muerte del adolescente su progenitora, ciudadana...., pasó a ser heredera del referido adolescente, ya que el mismo no dejaba bienes ni fortuna, adquiriendo de esta manera la cualidad necesaria para intentar la pretensión de Desconocimiento de Paternidad, en nombre de su hijo fallecido..., y le nació el interés para obrar, por ser ésta la única y universal heredera del mismo en forma ascendente. Así se declara".

[963] Juzgado Superior Cuarto Agrario, en Barinas, Sent. 2-2-05, Exp. N° 2004.719, http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/febrero/801-2-2004-719-.html , "En relación con la muerte de ambas personas cónyuges entre sí, si hubiese duda de quien murió primero que el otro deberá probarse y a falta de prueba se presume que todos murieron al mismo tiempo, tal como lo dispone el artículo 994 del Código Civil. En este sentido quien reclama su derecho en una sucesión tiene la obligación de probar su derecho y las circunstancias con motivo a ese alegato, en este sentido compartimos criterio con el Tribunal a-quo cuando sostuvo que no hay transmisión de derechos de uno al otro, por cuanto murieron al mismo tiempo y que en todo caso estaríamos en presencia de dos sucesiones y es la razón por la cual conforme a lo anteriormente expuesto no hay transmisión de derecho de uno a otro; Y ASI SE ESTABLECE".

[964] Pareciera que en una forma semejante a la que indicamos en relación con la docimasia, mediante las correspondientes autopsias, los médicos pueden ofrecer un cálculo sobre la hora del deceso. Véase sobre la prueba médica de la "data de la muerte": Casas Sánchez y Rodríguez Albarrán, *Ob. Cit.,* pp. 1.215-1.244.

[965] Véase sobre los distintos fenómenos cadavéricos (abióticos y transformativos); Rojas, *Ob. Cit.,* pp. 130-137; Giugni, *Ob. Cit.,* pp. 691-709. Los fenómenos abióticos dependen de la cesación de las funciones vitales del organismo y son en consecuencia "negativos"; los fenómenos abióticos a su vez pueden ser inmediatos o consecutivos. Los inmediatos conciernen a la pérdida de tono muscular, respiración y circulación; los consecutivos aluden a enfriamiento del cuerpo (rigor mortis), aparición de las livideces o hipóstasis cadavérica (livor mortis), desaparición de la excitabilidad neuromuscular e instauración de la rigidez cadavérica (rigor mortis). Estos fenómenos aparecen en el curso de horas y se completan en uno o dos días (*ibid*., p. 691); Simonin, *Ob. Cit.,* pp. 719-725. Véase también: Aguiar-Guevara, *Tratado*..., pp. 591 y 592, se refiere a signos negativos de vida o signos abióticos inmediatos (paro cardiaco, circulatorio y respiratorio) y a los signos positivos de muerte que son más seguros aunque de aparición más tardía (fenómenos cadávericos como enfriamientos del cadáver, deformación pupilar, acidificación tisular, rigidez cadavérica).

como la interpretación de ciertos actos vitales[966]. Así mismo, constituye una rama particularmente útil a los fines de precisar el momento del deceso, la "*entomología forense*", esto es, la precisión del tiempo de la muerte a través del estudio de la fauna del cadáver[967] pues los cambios bioquímicos comienzan de 5 a 7 horas hasta un total de 48 a 72 horas según la exposición del cuerpo y la variación de la temperatura[968]. En caso de no ser posible tales experticias médicas, podrá acudirse a cualquier otro medio de prueba[969] incluyendo para algunos las presunciones[970]. Cualquier elemento probatorio podría así calar en el ánimo del Juez a los fines de probar la premoriencia. Podría también precisarse la "exhumación"[971] no obstante la evolución del cadáver[972].

[966] Giugni, *Ob. Cit.,* pp. 715 y 716, como el estado o tiempo de la digestión, la vacuidad de la vejiga, los individuos rasurados, etc.

[967] Véase: Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* pp. 185-235; Rojas, *Ob. Cit.,* pp. 137-139; Giugni, *Ob. Cit.,* pp. 709-713; Simonin, *Ob. Cit.,* pp. 739-745.

[968] Vázquez Fanego, ob. cit, p. 208. Véase también sobre la cronología de la putrefacción del cadáver: Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* pp. 135-138.

[969] Si se pretende discutir la referencia a la hora indicada en la partida de defunción creemos que aun cuando la prueba por naturaleza será la experticia médica correspondiente, no se debe descartar según las circunstancias del caso otro género de pruebas en el supuesto de no ser ésta posible. Así por ejemplo, podría acontecer que no sea factible la experticia médica porque los cuerpos resultaron incinerados, sin embargo, pudiera probarse el orden de las muertes mediante testigos o videos que denotaran que uno de las personas falleció primero.

[970] Se acepta según refiere Lete del Río, cualquier medio de prueba incluida las presunciones (*Ob. Cit.,* p. 56).

[971] Véase: artículos 38 y 39 del *Reglamento de Cementerios, Inhumaciones y Exhumaciones*. Articulo 38: "Las exhumaciones podrán efectuarse antes o después de transcurridos cinco años de la inhumación. Las exhumaciones después de transcurridos los cinco años de la inhumación no requieren permiso sanitario...". Artículo 39: "No están sujetas a lo dispuesto en el artículo anterior las exhumaciones ordenadas por la autoridad judicial, la cual se limitará a poner en conocimiento de la autoridad sanitaria, el lugar y la hora en que la exhumación, haya de practicarse". Véase sobre éste último supuesto refiriendo artículos 38 y 39 del citado Reglamento; Circuito Judicial Penal del Estado Miranda Extensión Barlovento, Sección Adolescentes Guarenas, Tribunal De Control N° 2, Sent. 7-12-04, autorización de exhumación, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/diciembre/85-7-2S200-04-2S200-04.html; Tribunal Sexto de Control Los Teques, Sent. 12-4-05, http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/64-12-6CS-2938-05-6CS-2938-05.html, se ordena exhumación del cadáver y "Se acuerda librar oficio al Ministerio de Salud y Desarrollo Social a los fines de notificar del acto acordado, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Reglamento de Cementerio, Inhumaciones y Exhumaciones"

[972] Sobre la "exhumación" puede consultarse: Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* pp. 155-162. El autor refiere que no siempre los cuerpos siguen el curso de la putrefacción sino que pueden presentar transformaciones por: adipocira o saponificación, momificación, colicuación, corificación, petrificación, descalsificación y pulverización (*ibid*., p. 159). Véase igualmente sobre la evolución del cadáver o los procesos cadavéricos destructivos: Marín Corona, *Ob. Cit.,* pp 139-147; Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* pp. 133-140.

Indicamos que la muerte cerebral legalmente establecida[973] sería factible de ser considerada muerte sustancial para ciertos efectos jurídicos[974] como es el caso de desvirtuar la presunción de conmoriencia[975], y en este sentido de acreditarse la muerte cerebral con prioridad a otra muerte (premoriencia), bien podría considerarse que ésta última persona sobrevivió al causante, no obstante el mantenimiento artificial de ciertas funciones vitales por un breve espacio de tiempo. Lo contrario, dejaría a la voluntad de los terceros la prioridad en el orden de las muertes en supuestos de muerte cerebral[976].

"La 'conmoriencia' significa una presunción de muerte simultánea de todas las personas llamadas a sucederse entre sí, presunción que deja de aplicarse cuando se prueba que la muerte de cada una de ellas ha ocurrido en distinto momento; prueba que deberá efectuar quien alegue la existencia de ese diverso momento de las muertes"[977]. La conmoriencia[978] es el sistema más cónsono con la realidad pues permite dejar inerme la situación jurídica de los vivos si éstos no logran probar el orden de las muertes de quienes pueden afectar sus derechos.

5. PRUEBA DE LA MUERTE

En relación con la *prueba* de la *muerte*, vale la misma consideración que hicimos respecto al nacimiento, esto es, será la correspondiente partida. Igualmente, la carga de la prueba de la misma le corresponde a quien alega un derecho que se apoya en tal circunstancia[979]. El medio legal a fin de probar la muerte lo constituye la respectiva partida de

---

[973] Esto es, acreditada previamente por el procedimiento legal establecido a tal fin.
[974] Diversos a los trasplantes de órganos.
[975] Véase *supra* N° III.2.3.2.
[976] En efecto, de depender el momento de la muerte de la desconexión del sujeto sustancialmente muerto, quedaría a la voluntad de los terceros el fin de la personalidad jurídica, con sus consecuentes efectos en el ámbito personal y patrimonial. Pasaría algo semejante a lo críticamos respecto del corte del cordón umbilical, en el sentido que el nacimiento es independiente del corte del mismo, pues lo contrario dejaría a la voluntad de los terceros el inicio de la existencia. Y como también señalamos, el inicio y el fin de la existencia es independiente de la voluntad de los sujetos porque se trata de una materia de orden público.
[977] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 14.
[978] Pedro Sols García cita "*un caso realmente de conmoriencia*" (En: Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas. Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra S.A., Vol. IV, 1969, pp. 627 y ss.) En el mismo también reproduce las ideas de Castán Tobeñas.
[979] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Ob. Cit.,* 64, p. 58; Zerpa, *Ob. Cit.,* p. 16; Schmidt, *La muerte*..., p. 355.

defunción[980] y a falta de ésta la correspondiente sentencia supletoria[981]. La partida de defunción sólo prueba el hecho jurídico a que se contrae ese documento público, esto es: la muerte de dicha persona[982]. De conformidad con los artículos 445 y 476 del Código Civil dicha partida debe levantarse ante la Primera Autoridad Civil de la jurisdicción donde aconteció la muerte.

La prueba de la muerte se realiza en virtud de la inscripción de defunción, que se efectúa en el Registro Civil[983]. La inscripción "constituye la prueba de los hechos inscritos', pero el Registro del Estado Civil contiene solamente una presunción *iuris tantum* de veracidad[984]. Esto –como indicamos[985]– tiene su base en el caso venezolano a tenor del artículo 457 del Código Civil relativo al valor probatorio de las actas del estado civil, que prevé el carácter de auténticas de las declaraciones del funcionario[986], en tanto que "*las declaraciones de los comparecientes, sobre hechos relativos al acto,* ***se tendrán como ciertas hasta prueba en contrario***"[987]. Significa que el hecho de la muerte –al igual que el

[980] Véase sobre la prueba del fallecimiento: Lete del Río, *Ob. Cit.,* pp. 58-60; Moro Almaraz y Sánchez Cid, *Ob. Cit.,* p. 139; Albaladejo, *Ob. Cit.,* pp. 223-226; Lacruz Berdejo y otros, *Ob. Cit.,* p. 30; Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* pp. 307 y 308; Martínez de Aguirre Aldaz, *Ob. Cit.,* p. 357; Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Ob. Cit.,* p. 326; O´Callaghan, *Ob. Cit.,* p. 241. Véase igualmente: Tribunal de Primera Instancia en lo Penal, en Funciones de Ejecución Dos, de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Extensión Valles del Tuy, http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2004/mayo/96-15-ML21-P-2002-000010-.html , siendo que dicha muerte se prueba mediante la correspondiente ACTA DE DEFUNCION, expedida por la autoridad Civil respectiva.

[981] Véase sentencia supletoria, mediante juicio de inserción de acta de defunción en: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Bancario del primer circuito judicial del estado Sucre, Sent. 12-04-07, Exp. N° 09146, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2007/abril/1241-12-09146-096-2007-D.html

[982] En consecuencia, la partida de defunción no constituye prueba de la filiación, aunque tales menciones podrán tener el valor de indicios por ser menciones extrañas al acto pero que la ley exige (TSJ/SCC, Sent. N° 298 del 10-8-00, J.R.G., T. 168, p. 461). Véase en el mismo sentido: CSJ/Cas., Sent. 24-10-95, J.R.G., T. 136, pp. 258 y 259.

[983] Serrano Alonso, *Ob. Cit.,* p. 15. Véase también: Albaladejo, *Ob. Cit.,* p. 227, La muerte es uno de los hechos que deben ser inscritos en el Registro del Estado Civil de las personas.

[984] Véase DFMSC1, Sent. 30-6-88, J.R.G., T. 104, pp. 65 y 66, el Tribunal estima que el artículo 457 CC crea una presunción de veracidad de la defunción, que al no ser un hecho presenciado por la autoridad es desvirtuable mediante la prueba en contrario.

[985] Véase *supra* II.5.

[986] Y en consecuencia impugnable mediante la tacha de falsedad consagrada en el artículo 1.380 del Código Sustantivo. Así por ejemplo, los hechos que le constan al funcionario tienen tal carácter de auténticos por ejemplo, cuando da fe de que en fecha tal compareció X persona.

[987] Destacado nuestro.

del nacimiento– en principio no le consta al funcionario del estado civil por lo que podrá desvirtuarse en juicio por la simple prueba en contrario, a diferencia de las declaraciones del funcionario del estado civil que por tener el carácter de auténticas, precisan ser atacadas a través la tacha de falsedad[988]. La fecha y la hora de la muerte sería la que indique la inscripción respectiva[989], salvo prueba en contrario. De tal suerte, que las menciones que exige el artículo 477 del Código Civil relativas a la muerte pudieran ser desvirtuadas[990]. Y así por ejemplo, la "hora" de la muerte podría ser fundamental a los fines de probar la premoriencia, es decir, la circunstancia de que alguien murió primero que otro sujeto[991].

En este sentido, indica Lete del Río, la sentencia española del 4 de diciembre de 1948 declara que es cierto el principio general de que quien haga una afirmación relativa al estado civil de las personas, contraria a lo que resulte del Registro Civil, debe probarla y si bien es cierto que las actas del Registro del Estado Civil constituyen la prueba del estado civil de las personas, tal prueba tiene carácter provisional y sólo puede subsistir en tanto en cuanto no se suscite contienda ante los Tribunales; pues cuando tal contienda se suscita la eficacia de la misma queda subordinada a que los Tribunales la confirmen, por responder su contenido a la realidad de los hechos, o la nieguen, por no reflejarse en ella la realidad[992].

---

[988] Véase: DFMSC1, Sent. 30-6-88, J.R.G., T. 104, p. 66, la muerte es un hecho no presenciado por la autoridad civil ni por el Juez actuante por lo que es desvirtuable por la prueba en contrario sin necesidad de tacha de falsedad del instrumento.

[989] Ducci Claro, *Ob. Cit.,* p. 99.

[990] Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito, y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 24-09-04, Exp. 5.574-04, en: http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/350-24-5574-04-83.html; "La doctrina de esta Alzada, ha sido sostenida desde el año de 1968 (Sentencia del 20-06-68. Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil del Distrito federal y estado Miranda), donde se estableció: "...en conclusión, la copia del acta de defunción es prueba de la muerte, pero no de la causa, modo o manera como aconteció...". Tal Doctrina de los Tribunales Superiores, había sido establecida desde el año de 1939, por la Sala Civil del alto Tribunal (Memoria de 1939, Tomo II, Pág. 156), donde se estableció: "...de conformidad con el propio Artículo 457 del Código Civil, que establece una presunción Iuris, deben tenerse por ciertas, hasta prueba en contrario, las declaraciones de los otorgantes o comparecientes sobre hechos relativos al acto y los cuales, en el caso de partidas de defunción son el año, mes, día y hora de la muerte y así se establece...".

[991] Véase *supra* N° III.4.3.

[992] Lete del Río, *Ob. Cit.,* pp. 59 y 60.

La *constancia de muerte o defunción* expedida por un médico, también acertadamente suele exigirse[993], porque al funcionario no le consta dicho hecho[994] y tal instrumento permite constatar o más bien presumir la regularidad de la muerte. El artículo 17[995] del Reglamento de Cementerios, Inhumaciones y Exhumaciones[996], a propósito de la orden de inhumación que precisa la ley[997], contiene una disposición en este sentido y así lo ha reseñado alguna decisión judicial[998]. La referencia a dicha constancia o certificado médico de muerte se aprecia

[993] Véase: Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* p. 115, esa constancia firmada por el médico firmada certifica la causa de la muerte, y se presenta ante la Primera Autoridad Civil a los fines de extender la correspondiente partida de defunción.
[994] Véase: DFMSC1, Sent. 30-6-88, J.R.G., T. 104, p. 66, se trata de un hecho no presenciado por la autoridad civil.
[995] Señala la norma: "*Las autoridades civiles competentes para otorgar dichas autorizaciones, exigirán la presentación del correspondiente certificado de defunción expedido por un médico de acuerdo con las instrucciones del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social en materia de estadística sanitaria*" (Destacado nustro). Véase también artículo 18 *eiusdem*: "En aquellas poblaciones donde no exista médico, quedan facultadas las autoridades civiles para la expedición del correspondiente certificado de defunción sujetándose a las normas que dictare el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social"
[996] Decreto N° 115, *Gaceta Oficial* N° 22.760 del 3 de noviembre de 1948.
[997] Véase artículo 476 del Código Civil que prevé "Al cerciorarse la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio de la muerte de una persona, dará orden para la inhumación del cadáver, la cual en ningún caso dejará de cumplirse...". Véase también artículo 16 del Reglamento de Cementerios sobre Inhumaciones y Exhumaciones: "Tan pronto como ocurra una defunción se solicitará a la autoridad civil de la localidad la correspondiente autorización de enterramiento o de incineración" (Destacado nuestro).
[998] Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Transito y Agrario de la Circunscripcion Judicial del Estado Yaracuy , Auto del 2-3-07, Exp N° 4820 http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/1431-2-4820-.html , "Ahora bien, el artículo 476 del Código Civil, establece una norma en la que estatuye la obligación que tiene el funcionario o la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio, cuando ocurre el deceso de una persona y que debe cumplir con una doble finalidad en sus funciones: 1º. Debe acreditar el fallecimiento de la persona y redactar el acta correspondiente, y 2º. Dar la orden para la inhumación del cadáver. En atención al primer requisito, se obliga al funcionario a cerciorarse de que efectivamente ha ocurrido el deceso, circunstancia que normalmente comprueba mediante las certificaciones de defunción otorgadas por el médico forense (artículo 17 del Reglamento de Cementerios, Inhumaciones y Exhumaciones); en el supuesto de la imposibilidad del certificado médico, el mismo Reglamento faculta a los funcionarios para que expidan la orden de enterramiento, comprobando de cualquier otro modo la muerte de la persona".

directamente en otras disposiciones municipales[999] e incidentalmente en ciertas normas[1000]. Pues como bien se ha indicado "la muerte como hecho debe reconocerse y certificarse, y ello corresponde a quienes científicamente lo pueden realizar, los médicos"[1001]. Ello también se observa en otros ordenamientos[1002].

En materia médico-forense se aprecian ciertas características o pruebas que constituyen "signos positivos de muerte" tales como el enfria-

---

[999] Véase: Reforma Parcial Ordenanza sobre Cementarios Municipales, Mérida (Municipio Libertador), del 16-11-2001, www.cmmlm.com.ve/Ordenazas_y_**Gaceta**s/2001/**Gaceta**_Municipa_Exaord_N73_2001.pdf. Artículo 16.- "*Las autoridades civiles no podrán expedir ningún certificado de inhumación sin que se le presente el certificado médico de defunción expedido por el médico*, en el cual deberá certificarse la clase de enfermedad que ocasionó la muerte, estado, profesión, sexo, edad, domicilio o residencia y la hora y lugar del fallecimiento... Cuando el médico no puede certificar la hora, el funcionario indicado en el presente artículo lo requerirá de las personas que le dieron el aviso, o de quien se pudiera obtener de manera más precisa...". (Destacado nuestro). Artículo 18.- "En los lugares donde no exista asistencia médica, las autoridades civiles harán practicar el reconocimiento post mortem por cualquier otro médico competente por su cargo y obtener del que lo practique una certificación que expresa la causa probable y la hora aproximada de la muerte. Este requsito es indispensable en casos de muerte súbita o repentina".

[1000] Véase: artículo 139 de la Ley de Ejercicio de la Medicina "El médico está obligado expedir el *certificado de defunción*, de acuerdo a la legislación vigente, en caso de fallecimiento de personas que han estado bajo su cuidado profesional dentro de los términos legales y previa constatación personal del estado de la muerte. En los casos de fallecimiento del paciente, hospitalizado o no, que ha estado en el tratamiento regular y continuado en el centro asistencial donde trabaja el médico y bajo su supervisión, deberá expedir el certificado conforme a las disposiciones reglamentrias de la institución o centro asistencial del cual depende" y artículo 140 *eiusdem*: "El médico está obligado a expedir un *certificado de defunción* en persona no atendida por él, por disposición judicial, previa necropcia" (Destacado nuestro); artículo 47, numeral 7 de la Ley de Ejercicio de la Medicina (no hay violación del secreto médico cuando se expide un certificado de nacimiento o de *defunció*n; en el mismo sentido artículo 125, ord. 7 del Código de Deontología Médica); Código de Instrucción Médico Forense, artículo 12 (Ningún facultativo expedirá certificado de defunción ocasionada por violencias exteriores, sin la autorización del Juez respectivo); artículo 50 del Reglamento de internados judiciales indica que al morir algún recluso del establecimiento el médico extenderá certificado de defunción (GO 30.784 del 2-9-75).

[1001] Ochoa Gómez, *Derechos*..., p. 937.

[1002] Véase legislación argentina; Rojas, *Ob. Cit.,* pp. 126-128; Vázquez Fanego, *Ob. Cit.,* pp. 169 y 170, los profesionales de la medicina están obligados a extender los certificados de defunción de los pacientes fallecidos bajo su asistencia debiendo expresar los datos de identificación, la causa de la muerte y el diagnóstico de última enfermedad. Véase también: Lasarte, *Ob. Cit.,* p. 185, en el derecho español se establece a los fines de precisar el momento del fallecimiento, que la inscripción de defunción hace fe de la fecha, hora y lugar en que acontece la muerte, y para proceder a la inscripción de defunción "*será necesaria certificación médica de la existencia de señales inequívocas de muerte*". Véase también: CC Cuba, 26.1. "*La determinación de la muerte de la persona natural y su certificación se hace por el personal facultativo autorizado, conforme a las regulaciones establecidas por el organismo competente*" (http://cubanet.org/ref/dis/civil_1.htm)

miento cadavérico que aparece a las 24 horas[1003], la deshidratación, la desecación de la piel, la deformación ovalar de la pupila, la acidificación general de líquidos. De allí que el artículo 476 del Código Civil disponga en su parte final: "... *La inhumación no se hará antes de las veinticuatro horas de ocurrir la defunción, salvo en los casos previstos por reglamentos especiales*"[1004]. La reducción del lapso por situaciones excepcionales puede tener lugar por razones sanitarias[1005]. En sentido semejante, la extensión de dicho lapso podría circunstancialmente tener lugar siendo en principio previsto al efecto el embalsamamiento[1006]. También pueden presentarse supuestos especiales en casos de muerte violenta[1007].

La defunción de una persona debe ser acreditada para verificar la producción de efectos jurídicos y la inscripción registral de la muerte es requisito previo para la procedencia del entierro del cadáver[1008], de

---

[1003] Por tratarse de una prueba de fácil constatación.

[1004] Véase: Giugni, *Ob. Cit.,* pp. 690 y 691; Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* p. 109; Aguiar-Guevara, *Tratado...,* p. 592. Véase también sobre los distintos fenómenos cadavéricos: Giugni, *Ob. Cit.,* pp. 691-709; Marín Corona, *Ob. Cit.,* pp 127-138; Yanes Villamizar, *Ob. Cit.,* pp. 109 y 110. Véase sobre el diagnóstico de la muerte en función de signos circulatorios, respiratorios y neurológicos: Marín Corona, *Ob. Cit.,* pp. 115-118; Navas de Motta y Motta Navas, *Ob. Cit.,* pp. 155-160; Escobar Triana, *Ob. Cit.,* pp. 44-48.

[1005] Véase Reglamento de Cementerios, Inhumaciones y Exhumaciones, artículo 21, "*Siempre que existan fundados motivos para la salud pública, las autoridades sanitarias podrán tomar las siguientes medidas:... c) Ordenar la inhumación del cadáver ante de haber transcurrido las* ***24 horas*** *del fallecimiento*". (Destacado nuestro). Las otras medidas referidas en dicha normas son: a) Prohibir el velorio; b) Ordenar el traslado inmediato del cadáver al depósito del cementerio; d) Practicar la autopsia del cadáver con fines de diagnóstico en los casos sospechosos de haberse producido el fallecimiento por enfermedad sujeta a denuncia obligatoria; e) negar el permiso de traslado a otra localidad; y f) negar el permiso de embalsamamiento.

[1006] Véase Reglamento de Cementerios, Inhumaciones y Exhumaciones, artículo 31: "*Cuando por cualquier circunstancia haya de permanecer insepulto un cadáver después de pasadas las 36 horas de la defunción es indispensable proceder a su embalsamamiento, salvo disposición contraria de las autoridades judiciales*". Véase también: artículo 32, "El embalsamamiento de un cadáver sólo podrá ser practicado por médicos legalmente autorizados para el ejercicio profesional"; artículo 33, "Para verificar un embalsamamiento se requiere el permiso de la autoridad sanitaria más próxima al lugar del fallecimiento"; artículo 34, "La solicitud para practicar el embalsamamiento deberá ir acompañada del correspondiente certificado de defunción, del procedimiento o técnica que se pretende utilizar, la razón por la cual se desea hacer el embalsamamiento y certificación de la autoridad competente de que no es necesaria la autopsia médico-legal o constancia de haber sido ésta practicada previamente". Véase igualmente respecto del procedimiento en caso de embalsamamiento: artículos 35, 36 y 37 *eiusdem*. También se aprecia referencias en ordenanzas citadas *infra* N° III.6.2.

[1007] Véase *Código de Instrucción Médico Forense*, Título III, Sección II, "De los procedimientos después de la defunción (artículos 77 al 106).

[1008] O´Callaghan, *Ob. Cit.,* p. 241.

allí que el artículo 476 del Código Civil refiera que constatada la muerte por parte de la Primera autoridad Civil se dará la correspondiente orden de inhumación[1009].

Algunos señalan que la prueba instrumental de la muerte es la partida de defunción, en tanto que la prueba material de la muerte es el cadáver[1010]. Y a ésto cabe preguntarse si ¿Realmente el cadáver es la prueba de la muerte? Es decir ¿Se precisa de un cadáver para levantar la partida de defunción? Hanna Binstock indica que "el asiento normal de muerte requiere, en principio un cadáver, pues la desaparición de una persona nada dice. Si no hay cadáver, en principio, no puede darse a la persona por muerta, aunque tampoco por viva, con la consiguiente incertidumbre sobre sus relaciones jurídicas. La autora cita a De Castro y Bravo quien afirma que la identificación de la persona fallecida es el cadáver, y cuando éste falta por alguna causa se crea una situación jurídica especial y ya no puede hablarse de prueba de la muerte. Indica que en los desaparecidos no obstante existir certeza de la muerte, el acta de defunción no puede levantarse por la imposibilidad de encontrar el cadáver[1011].

Sin embargo, nuestro Código Civil acepta la posibilidad de muerte sin encontrar el cadáver en aquellos supuestos donde exista plena prueba del deceso. Ello se evidencia del artículo 479 del Código Sustantivo que prevé: "*En los casos de muerte en que sea imposible encontrar o reconocer los cadáveres, la primera autoridad civil del lugar abrirá una articulación, haciendo constar el hecho y todas las circunstancias que con él se relacionan, y concluida, la transmitirá al Juez de Primera Instancia, cuya autorización se unirá al legado de comprobantes. Si de estas circunstancias* ***resultare comprobada la muerte****, el Juez lo comunicará a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio del lugar donde ocurrió la muerte, para*

[1009] Inhumación o entierro que precisa según dicha norma del transcurso de 24 horas del deceso. Véase sobre tal norma y el procedimiento a seguir en caso de inhumación: *Doctrina del Ministerio Público sobre el Código Orgánico Procesal Penal (2003),* Biblioteca Central "Rafael Arvelo Torrealba". República Bolivariana de Venezuela, Ministerio Público, Fiscalía General de la República, Caracas 2006, pp. 85 y ss, en www.fiscalia.gov.ve/Doctrinas/DoctrinaCOPP-2003.rtf
[1010] Ghersi, *Derecho...*, p. 164.
[1011] Binstock, *Ob. Cit.,* p. 22.

que se inserte el oficio en el Registro de defunciones, agregando dicho oficio al legajo de comprobantes...".

Y al efecto una decisión de instancia que se pronunció sobre la tragedia de Tacoa indicó acertadamente que se debe distinguir las normas relativas a la presunción de muerte por accidente (artículos 438, 439 y 440 CC) del supuesto del artículo 479 del Código Civil que prevé en cambio un procedimiento tendiente a la constitución de una partida de defunción, con toda su eficacia de evidencia de esa muerte[1012].

De manera pues que no debemos confundir el supuesto previsto en el artículo 479 del Código Civil con el procedimiento de ausencia que lleva a la presunción de muerte[1013], en el que se duda de la existencia de una persona; en el caso que comentamos resulta plenamente comprobada la muerte no obstante no aparecer el cadáver. La muerte puede resultar también de una sentencia que la declare y por ello es posible un acta de defunción sin cadáver[1014]. En el mismo sentido indica Santoro Passarelli que "hay normas que admiten que puede haber ocurrido la muerte cuando no sea posible encontrar o reconocer el cadáver"[1015].

Ghersi comenta que en el derecho argentino, el art. 33 de la Ley 14394 establece que en los casos en que el juez puede tener por comprobada la muerte y disponer su inscripción, siempre que ésta se hubiese producido en circunstancias tales que deba ser tenida como cierta. Para ello se requiere la falta de cadáver o la imposibilidad de su identificación, así como la certeza de la muerte[1016]. Respecto a la certeza de la muerte, se indica que es el requisito primordial. Se exige la firme y absoluta convicción del juez de que la muerte de la persona tuvo lugar, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que rodearon el hecho. Se trata de casos en que es material o científicamente imposible que la persona pueda haber sobrevivido al acontecimiento. Un supuesto de aplicación de este artículo –indica Ghersi– es el caso del trasbordador Challenger que el 28 de enero de 1986, estalló en una bola de fuego gigante, pocos segundos después de haber sido lanzado al espacio desde la Base de

[1012] Vista esa diferencia, estima el Tribunal que no son aplicables al procedimiento de que se trata las normas de los artículos 438 y ss del CC. (DFMSC1, Sent. 30-6-88, J.R.G., T. 104, pp. 65 y 66).
[1013] Véase *supra* N° III.2.1.2.
[1014] Messineo, *Ob. Cit.,* p. 107.
[1015] Santoro Passarelli, *Ob. Cit.,* p. 10.
[1016] Ghersi, *Derecho...*, pp. 165 y 166.

Cabo Cañaveral, causando la muerte de siete tripulantes[1017]. Acontecimiento sucedido ante la vista de televidentes de todo el mundo. En cambio, si dicha nave espacial hubiese desaparecido en el espacio, perdiéndose cualquier tipo de contacto con las estaciones terrestres o espaciales de rastreo, no correspondería, a nuestro criterio, utilizar esta vía sino iniciar un juicio de ausencia con presunción de fallecimiento, luego de transcurrido el plazo legal[1018].

En consecuencia, si bien en principio la muerte precisa de un cadáver, excepcionalmente a falta de éste también podrá probarse el deceso. Se aprecia así que una causa similar puede culminar en consecuencias distintas según las particularidades de cada uno de los supuestos. Y en efecto, una situación semejante a la reseñada por Ghersi respecto del ordenamiento argentino acontece en el Derecho venezolano. Así pues el citado artículo 479 del Código Civil tiene aplicación en aquellos casos en que sea imposible encontrar el cadáver y sin embargo es material o científicamente imposible la supervivencia de la persona, por lo que se procede al levantamiento de la correspondiente partida de defunción previa declaración judicial. Comenta Contreras que como juristas debemos ser muy cuidadosos en la elaboración o solicitud de esta partida pues puede confundirse con el supuesto de presunción de muerte. "Para el levantamiento de la partida de defunción especial se amerita que exista plena prueba del hecho catastrófico y además que no exista el menor género de duda de que la persona murió"[1019]. Al efecto se admitirá todo género de pruebas de conformidad con el artículo 486 *eiusdem*, así como en el caso de muerte ocurrida en siniestros[1020]. La prueba de la muerte pudiese resultar igualmente de una sentencia penal, que tendrá el mismo valor que el acta de defunción y por tal razón deberá ser insertada

---

[1017] Una situación semejante reseñaron los medios de comunicación en el 2003 en el caso del trasbordador Columbia.
[1018] *Ibid*., pp. 166 y 167.
[1019] Contreras Briceño, *Ob. Cit.,* pp. 178 y 179.
[1020] Refiere el citado artículo 486 del Código Civil: "*Se admitirá todo género de pruebas para establecer la muerte ocurrida en campaña, en naufragios, accidente de aviación, inundaciones, incendios, explotaciones, terremotos, ciclones, epidemias graves y otras calamidades semejantes y en los casos del artículo 479 no comprendidos en la enumeración anterior*".

en los correspondientes libros del Registro del Estado Civil de conformidad con el artículo 485 del Código Civil[1021].

El artículo 481 del Código Sustantivo consagra el supuesto de hallazgo de un cadáver de una persona cuya identidad no se pueda comprobar de inmediato, en tal caso se procede al levantamiento del acta defunción con la indicación detalladas de algunos datos que permitirán la identificación y al lograrse posteriormente la misma se extenderá una nueva partida y se procederá a colocar la correspondiente nota marginal en el acta anterior[1022]. Para la identificación del cadáver ciertamente será determinante las correspondientes experticias médico-forenses[1023].

Sin embargo, que la prueba tradicional de la muerte y del nacimiento esté representada por la correspondiente partida de defunción y de nacimiento, no puede llevarnos a concluir que tal inscripción está por encima de la realidad o del hecho de que se trate; es el hecho jurídico del nacimiento con vida y el hecho jurídico de la muerte los que coinciden con el comienzo y fin de la existencia humana, al margen de su inscripción en el Registro del Estado Civil. Esta última se precisa a nivel probatorio, pues como indicáramos[1024] la institución registral no puede estar por encima de los hechos que marcan los presupuestos de la existencia

---

[1021] Que prevé: "*En cualquier caso en que la prueba de la defunción resultare de un juicio penal, la decisión ejecutoriada que establezca el hecho del fallecimiento tendrá el mismo valor probatorio que el acta de defunción.*
El Juez ejecutor enviará copia certificada de la sentencia expresada para los efectos de su inserción y certificación en los libros de defunción, a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio de donde era vecino la persona muerta".

[1022] Prevé la norma "*En el caso de fallecimiento de una persona desconocida o del hallazgo de un cadáver cuya identidad no sea posible por lo pronto comprobar, se expresarán en el acta respectiva:*
1.- El lugar de la muerte o del hallazgo del cadáver.
2.- Su sexo, edad aparente y señales o defectos de conformación que lo distingan.
3.- El tiempo y la causa probable de la defunción.
4.- El estado del cadáver.
5.- El vestido, papeles u otros objetos que sobre sí tuviere, o se hallaren a su inmediación, y que ulteriormente puedan ser útiles para su identificación, los cuales habrá de conservar al efecto la Autoridad Civil, por un año, a menos que deban ser entregados a la autoridad judicial.
Esta acta se publicará por la prensa.
Tan pronto como se logre la identificación, se extenderá una nueva partida expresiva de las circunstancias requeridas por el artículo 477 y se estampará la nota marginal correspondiente en la partida anterior".

[1023] Véase sobre la prueba médica relativa a "identificación de cadáver": Casas Sánchez y Rodríguez Albarrán, *Ob. Cit.,* pp. 1.245-1.273.

[1024] Véase *supra* N° II.5.

humana. La falta de inscripción del nacimiento en el Registro así como la inscripción errónea de la muerte[1025] no altera en lo absoluto la línea que marca la personalidad del ser humano, la cual sólo se ve delimitada por dos momentos o hechos jurídicos: el nacimiento con vida y la muerte. La necesidad de registro a los fines de existencia jurídica es inmanente a la persona incorporal y no a la persona natural[1026].

6. EL CADÁVER

6.1 *NATURALEZA*

El cadáver es el cuerpo del hombre muerto[1027], es un ente material carente de vida pues tal resto o residuo ya no es ser humano[1028]. Con la muerte, el cuerpo de la persona se transforma en cadáver[1029]. Indica Lenis García que el cadáver es el sustrato material que queda después de la separación de cuerpo y espíritu[1030]. La Ley sobre Trasplantes de Órganos en su art. 2, numeral 8, indica que el cadáver son "*los restos integrados de un ser humano en el que se ha producido la muerte*".

El cadáver constituye así un resto de la subjetividad humana en el plano material; un residuo de la personalidad del hombre; lo único que subsiste en el ámbito físico de quien fuera persona natural. La protección concedida a la persona se prolonga de alguna manera al cadáver por ser éste el único vestigio material de su subjetividad jurídica. Surge así la pregunta relativa a la naturaleza jurídica del cadáver. Para algunos el cadáver es una cosa, para otros es un resto de la personalidad[1031].

[1025] Como aconteció en el conocido caso de Raiza Ruiz.
[1026] Domínguez Guillén, *La persona..,* p. 344.
[1027] Kummerow, Gert: *Aspectos Relativos a la propiedad del cadáver.* En: RFDUCV, N° 11, Caracas, 1957, p. 231; Sagarna, Fernando Alfredo: *Los Trasplantes de Órganos en el Derecho*. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Derecho Comparado. Buenos Aires, edit. Depalma, 1996, p. 209. Para Sagarna el origen de la expresión viene de "**_ca_ro _da_ta _ver_mibus**", que significa carne entregada a los gusanos (*ibid*., p. 210). En el mismo sentido respecto del origen etimológico: http://etimologias.dechile.net/?cadaver y http://jamillan.wiki.mailxmail.com/cadaver.
[1028] Ochoa Gómez, *Derechos...,* p. 938. Véase comentarios de Lenis García, *Ob. Cit.,* p. 18, señala que al ser la persona humana la resultante de la unión del cuerpo y el espíritu, después de tal separación el sustrato material resultante es precisamente el cadáver abandonado a las leyes de la materia.
[1029] Martínez de Aguirre Aldaz, *Ob. Cit.,* p. 354.
[1030] Lenis García, *Ob. Cit.,* p. 18.
[1031] Orgaz, *Ob. Cit.,* p. 142.

Algunos autores sostienen que el cadáver en esencia constituye una cosa. Diez Picazo y Gullón señalan que una vez producido el fallecimiento, los restos de una persona, desaparecida la personalidad, pasan a convertirse en una cosa en sentido jurídico, si bien se quedan impregnados por la dignidad de la persona, lo que introduce importantes limitaciones en orden a su disposición y destino[1032]. Algunos acogen así la tesis de que el cadáver es una cosa y que los herederos son propietarios del mismo con poderes de disposición, salvo que el difunto haya consignado su voluntad de otorgarlo a otra persona como una institución, y concluyen que hasta puede reivindicarse. El maestro Carrara sostiene que el cuerpo que vive ha sido libre, no puede cambiar su naturaleza después de la muerte. Pero es indiscutible que la muerte cambia fundamentalmente la condición de cuerpo humano pues después de ella la persona desaparece y sólo queda un cuerpo inerte[1033].

Para Antequera Parilli mientras el cuerpo en vida de persona no es cosa, el cadáver sí lo es, pero su naturaleza *extra commercium* es indiscutible. En consecuencia, cualquier convención que transmita derechos sobre el cadáver a título oneroso es nula[1034], pues vender el cadáver es innoble y repulsivo[1035]. No existen derechos de los familiares sobre el cuerpo del cadáver. Si el cadáver es una cosa que no está en el comercio, su integridad es perecedera y su destino está regido por disposiciones de carácter sanitario. Principalmente lo que existe es un culto a tradiciones y costumbres, principios religiosos que nos enseñan el respeto a los muertos y al sentimiento colectivo de que son familiares más cercanos de quien fue persona y debe determinar forma y modo de darle sepultura[1036]. Pero no existe un verdadero derecho pues se trata de una cosa no apropiable y el derecho a disponer del cuerpo se extin-

---

1032 Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 338, No obstante los propios autores finalmente admiten que en ningún caso son admisibles contratos o prestaciones económicas que tengan por objeto el futuro cadáver de la persona.

1033 Naranjo Ochoa, *Ob. Cit.,* pp. 132 y 133.

1034 Antequera Parilli, *Ob. Cit.,* p. 49.

1035 Pérez Serrano, Nicolás: *Los Actos de Disposición sobre el propio cuerpo*. Madrid, Ministerio del Trabajo, Escuela Social de Madrid, 1946, p. 14.

1036 Antequera Parilli, *Ob. Cit.,* p. 51.

guió con la muerte[1037]. Indica Pranzataro que si el cadáver fuese una *res nullius*, lo podría tomar el ocupante.[1038]

Así mismo Sagarna indica que el cadáver es una cosa en sentido físico[1039], pero una cosa *sui generis*, pues lo envuelve una especial protección espiritual otorgada por la sociedad a los difuntos[1040]. En un sentido semejante en la doctrina nacional señala Ochoa Gómez que el cadáver como resto se convierte en "cosa", pero ciertamente se trata de una cosa "singular"[1041].

Contrariamente refiere Kummerow que entre las tesis más interesantes destacan que el cadáver "no es una cosa", lo contrario repugna a la conciencia social[1042]. Lozano Ortiz cita a Antonio Gordillo Cañas para quien el cadáver no es jurídicamente un bien[1043]. Si bien es cierto que el cadáver es sólo un cuerpo sin vida y que por tanto no tiene personalidad, también debe reconocerse que el cadáver es lo único que queda en la esfera corporal de quien fuera sujeto de derecho. En razón de ello se presenta respecto del mismo una particular protección y se descarta que constituya una cosa en sentido jurídico[1044]. El cadáver constituye un residuo de la personalidad y su respeto tiene lugar en homenaje a una personalidad pretérita.

Las explicaciones ofrecidas por la teoría tradicional para descubrir la naturaleza jurídica del cadáver se hallan impregnadas notablemente por

[1037] *Ibid*., p. 52, por ello, opina Antequera Parilli, que en caso de necesidad de aprovechar órganos o materiales provenientes de esos restos mortales, y en ausencia de voluntad contraria por parte de quien fue persona, debe privar el interés de una vida cuya salvación depende de ese aprovechamiento, que no el egoísta de deudos y familiares. Si uno de los fines del derecho es jerarquizar intereses en conflicto, no debe privar aquel que decide enterrar para su descomposición o autorizar incineración, cuando elementos de ese cadáver se requieran para salvar vidas. De allí que el autor sostiene la posibilidad del Estado de ordenar la extirpación de órganos y materiales del cuerpo muerto a pesar de la voluntad contraria de los familiares

[1038] Pranzataro, Umberto: *IL Diritto di Sepolcro*. Torino, Unione Tipografico-editrice, 1895, p. 257.

[1039] Sagarna, *Ob. Cit.,* p. 221.

[1040] *Ibid*., p. 223.

[1041] Ochoa Gómez, *Derechos*...., p. 938.

[1042] Kummerow, *Aspectos*...., p. 232.

[1043] Lozano Ortiz de Zarate, María Clara*: La Problemática Jurídica de los Trasplantes de órganos en el Derecho Civil*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 45.

[1044] Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 179 y 180. Indica José Luis Aguilar Gorrondona que generalmente se acepta que el cadáver mismo no puede ser objeto de propiedad y tráfico, que tiene una tutela jurídica específica inspirada en la idea de que constituye un residuo de la personalidad (ob. cit. p. 123).

motivaciones de neto cariz ideológico. Este aserto se constata desde el comienzo cuando se intenta situar de plano los despojos del cuerpo carente de vida en el rubro de las "*res extra commercium*", inidónea para formar el objeto de derechos patrimoniales. Se predica la ilicitud o ineficacia de actos y negocios jurídicos cuyo contenido autorice al destinatario al despliegue de cualquier actividad que destine al cadáver a nivel de cosas "*in commercium*" y sustraer el cuerpo sin vida de negocios que signifiquen provecho económico, pero se admite la validez de actos matizados por fines altruistas[1045].

De allí, que una *communis opinio* acepta que el cadáver es una cosa pero no comerciable aunque pueda ser objeto de relaciones jurídicas determinadas pues existe una posibilidad de disponer dentro de ciertos límites[1046]. Se acepta que en general el cadáver no puede ser objeto de propiedad y tráfico[1047] y debe considerarse que no se admiten contratos con prestaciones económicas sobre el cadáver[1048]. Son nulos por ser contrarios a las buenas costumbres los contratos a título oneroso sobre el cadáver y por el contrario son admisibles contratos gratuitos[1049]. Vender el cadáver es innoble y repulsivo[1050] y por ello no tiene eficacia la cesión del cadáver a título oneroso, en cambio la cesión gratuita del cadáver o piezas anatómicas del mismo ha sido admitida y sería inútil no hacerlo[1051]. De manera pues, que no resulta correcto afirmar que sobre el cadáver no se pueden realizar negocios jurídicos, pues los mismos sí serían procedentes si son a título gratuito. La prohibición que se rechaza radicalmente sobre el cadáver está dirigida a los actos de carácter oneroso[1052]. Así por ejemplo, si disponemos que nuestro cadáver sea

---

1045 Kummerow, *Perfiles...,* pp. 52 y 53.
1046 Cifuentes, *Derechos...*, pp. 406 y 407.
1047 Véase en este sentido: Castán Tobeñas, *Ob. Cit.,* pp. 759-761.
1048 Diez-Picazo y Gullón, *Ob. Cit.,* p. 338.
1049 Kummerow, *Aspectos....*, p. 235. Véase en el mismo sentido: Antequera Parilli, *Ob. Cit.,* p. 49, por el contrario, son válidos los contratos de disposición sobre ese cuerpo, de sus órganos o partes, para fines de investigación médica o de trasplantes, a título gratuito, ya que no hay en esos restos vida o salud por respetar, mientras existen fines tan elevados como la conservación de la sanidad y la preservación de la vida de otras personas. Véase igualmente: Ochoa Gómez, *Derechos...*, p. 940, los negocios jurídicos de los parientes o terceros sobre el cadáver que no se refieran a funeral, autopsia u otras semejantes, se deben considerar como nulos por inmorales pues la personalidad del hombre exige respeto aun después de la muerte. El cadáver no puede ser económicamente útil porque está fuera del comercio (*Ob. Cit.,* p. 940).
1050 Pérez Serrano, *Ob. Cit.,* p. 14.
1051 Borrel Maciá, *Ob. Cit.,* pp. 127 y 129.
1052 Domínguez Guillén, *Aproximación...,* p. 185.

entregado a una institución científica y ésta a su vez lo dona o cede gratuitamente a otro centro de Investigación, habrá tenido lugar un negocio jurídico pero el mismo ha sido a título gratuito[1053]. El sentido de tal interpretación es no convertir al único residuo material de la personalidad pretérita en un bien comerciable, lo que ciertamente repugna a la sensibilidad de muchos.

El cadáver está constituido por los restos o el cuerpo sin vida de quien fuera persona. De manera que no obstante no ser actualmente "sujeto de derecho" porque éste requiere un cuerpo con vida, podemos decir que el cadáver no es propiamente una cosa porque está impregnado en cierta forma de la dignidad que acompañó al ser humano, por ser en definitiva el único residuo a nivel físico del sujeto natural, a saber, de la persona por excelencia. Por tal razón el cadáver se merece una consideración y respeto especial por parte del ordenamiento jurídico, y ésto lo ubica al margen de la esfera patrimonial u onerosa, por lo que los negocios jurídicos predicables respecto del mismo han de ser necesariamente a gratuitos.

Así pues concluimos que el tratamiento del cadáver está impregnado por la dignidad de la persona, el orden público y las buenas costumbres y es por eso que aun cuando el cadáver no es persona tampoco puede recibir el tratamiento característico de una "cosa". Las precisiones relativas a la naturaleza especial del cadáver y su carácter "*extra commercium*" constituyen prueba de que el mismo no constituye propiamente un "bien" en sentido patrimonial. El cadáver, esto es, los restos de quien fue persona presenta una naturaleza particular que lo hace merecedor de la correspondiente tutela jurídica[1054].

Un sentimiento personalísimo nos hace repudiar la posibilidad que nuestro cadáver, esto es, nuestro cuerpo sin vida, sea tratado como cualquier cosa y que fuera objeto de comercio; es más, aun sin ser objeto de tráfico, sentimos con razón que se merece un trato cónsono con el respeto de la personalidad pretérita. Este natural y justo sentimiento se ha

---

[1053] Véase: Orgaz, *Ob. Cit.,* p. 148, Son nulos los actos jurídicos que no tengan por objeto el sepelio, funerales y demás accesorios. Excepcionalmente por voluntad del difunto el cadáver se destina a estudio o enseñanza. En estos casos el cadáver es una cosa y puede ser objeto de actos jurídicos de modo limitado de acuerdo con la moral y las buenas costumbres. Por ejemplo, puede ser cedido a otro Instituto de investigación.

[1054] Véase *supra* N° III.3.4.2.

proyectado con razón en el ámbito jurídico y de allí las lógicas limitaciones legales que rodean al residuo material de la subjetividad jurídica.

Así como se protege al concebido en homenaje a una personalidad futura, de una forma semejante aun cuando más tenue, se protege al cadáver y a la memoria del difunto en homenaje a una personalidad pretérita[1055].

6.2 *DISPOSICIÓN*

La disposición del cadáver constituye una proyección del *derecho a disponer del cuerpo*, el cual forma parte de los derechos de la personalidad[1056] y al que nos hemos referido en otra oportunidad[1057]. Dentro de los límites del orden público, las buenas costumbres y el respeto a los derechos de los demás, toda persona tiene derecho a disponer de su cuerpo[1058]. Tal derecho o posibilidad incluye ciertamente la disposición del cadáver, pues la persona en vida puede disponer el destino de su cuerpo sin vida, lo cual tendrá aplicación *post mortem*. En tal caso, la voluntad pretérita respecto del destino del cadáver, prevalecerá sobre la de cualquier pariente o tercero, porque en definitiva, ha de respetarse la última voluntad en torno a la suerte del propio cuerpo después de la muerte.

Señala Ochoa Gómez que el poder en vida para después de la muerte conlleva a que las personas puedan disponer de sus despojos y esa voluntad no es más que el ejercicio de un derecho personalísimo, pues cuanto se trata del destino del cuerpo *post mortem*[1059]. En todo caso, en razón de la autodeterminación de quien fuera persona, ha de privar la voluntad del sujeto sobre el destino de su propio cadáver; a pesar de la muerte, su voluntad pasada se proyecta en el presente porque precisa-

---

[1055] Véase: Domínguez Guillén, "*Aproximación*"..., p. 186.

[1056] Véase sobre el tema: Pérez Marín, Lucas Andrés: *Los derechos de la personalidad post-mortem* España, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Ciencias Jurídicas Básicas, 2001 (tesis), http://bdigital.ulpgc.es/digital/visualizar/propiedad.php?accion=tesis&id=213&vol=no

[1057] Véase: Domínguez Guillén, "*Aproximación*"..., pp. 179-186.

[1058] Derecho que se proyecta en la posibilidad de donar órganos de conformidad con la ley o de negarse a un tratamiento o intervención médica.

[1059] Véase: Ochoa Gómez, *Derechos*..., p. 940; Perlingieri, Pietro: *La Personalitá umana nell' ordinamianto giuridico*. Italia, Univesita degli Estidi di Camerino, 1972, p. 308; Romeo Casabona, *Los trasplantes*..., p. 38; Pranzataro, *Ob. Cit.,* pp. 247 y 249; Lindon**,** Raymond: *Une création prétorienne*: *Les droits de la personnalité*. Paris, Manuels Dalloz de Droit Usuel, Dalloz, 1974, 191-224.

mente el objeto es su propio cuerpo sin vida. Según vimos, entre los efectos de la muerte, se encuentra que entran en juego las disposiciones de última voluntad, dentro de las cuales se ubican ciertamente las relativas al destino del cadáver[1060]. Nuestra voluntad proyectada más allá de la muerte, ha de decidir la forma como deben ser distribuido lo que nos pertenece[1061]. La voluntad del difunto prevalece sobre la de cualquier otra persona[1062].

Y así el sujeto podrá decidir si su cuerpo sin vida será objeto de sepultura[1063], trasplantes de órganos, destinado a la investigación científica, incinerado, etc. Vale citar en este sentido, la Ley Sobre Trasplantes de Órganos que se refiere al *derecho de disponer del cadáver* a los fines de trasplantes[1064], el artículo 78 del Código de Deontología Médica que consagra el derecho del enfermo a disponer de su cuerpo después de la muerte con fines humanitarios o mediante la inhumación tradicional u otros procedimientos como la cremación o incineración y embalsamamiento[1065].

[1060] Véase *supra* N° III. 3.2.
[1061] Borrel Maciá, *Ob. Cit.,* p. 114.
[1062] Sagarna, *Ob. Cit.,* p. 229.
[1063] Véase: Fernández de Velasco, Recaredo: *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935.
[1064] Así por ejemplo, prevé el artículo 16 de la Ley que los órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos podrán ser retirados de cadáveres con fines de trasplante a otras personas, a) Cuando conste la voluntad de la persona dada en vida por la persona fallecida, la cual prevalecerá sobre cualquier parecer de las personas indicadas en el artículo 17. Esta manifestación de voluntad podrá ser evidenciada, entre otros documentos, en Tarjeta de Donación Voluntaria, cédula de identidad, pasaporte, licencia para conducir vehículos, tarjetas de crédito o en cualquier documento público o privado, como las planillas de admisión de hospitales y otros establecimientos calificados para hacer trasplantes.
[1065] Dispone la norma: *"El derecho del enfermo a disponer de su cuerpo, luego de su muerte, mediante la autorización para que sus órganos puedan ser utilizados con fines humanitarios, trasplantes, procedimientos de investigación, estudio de la disección anatómica, es de obligatorio cumplimiento sobre bases estrictamente morales. Igual conducta deberá adoptarse cuando el enfermo no desea la inhumación tradicional sino otro procedimiento de disposición de su cuerpo, cremación, embalsamamiento"*.

La cremación[1066] o incineración[1067] conforman modalidades distintas a la tradicional inhumación[1068], pero igualmente se traducen en formas legítimas de disposición del cadáver. Tales procedimientos tienen la característica de reducir a cenizas los restos de quien fuera persona por lo que suponen la desaparición física del cadáver. De allí que algunos mezclando cierto sentimiento de añoranza indiquen que presentan el inconveniente de no dejar rastro de quien fuera persona[1069], aunque ofrece ciertas ventajas, dada la escasez de espacio físico[1070]. Se aclara que como tales procedimientos pretenden reducir el cadáver a cenizas, la misma no debe tener lugar en supuestos donde las circunstancias de la muerte puedan precisar del examen del cuerpo[1071] y por ello se requiere que se trate de

---

[1066] Véase; *Doctrina del Ministerio Público sobre el Código Orgánico Procesal Penal (2003),* Biblioteca Central "Rafael Arvelo Torrealba". República Bolivariana de Venezuela, Ministerio Público, Fiscalía General de la República, Caracas 2006, p. 87, en www.fiscalia.gov.ve/Doctrinas/DoctrinaCOPP-2003.rtf "La cremación es definida como ´*...otra opción o método para la disposición final de restos humanos. Es un proceso que mediante el uso del calor, reduce un cuerpo a pequeños fragmentos óseos y cuyo resultado final se denomina cenizas´*...De allí que, la práctica de este oficio radica ´*... en reducir el cuerpo humano a cenizas en hornos especiales. Estas cenizas se guardan en una pequeña caja que posteriormente se entrega a la familia del difunto, que decidirá si las entierran, las esparcen en cualquier lugar o las llevan a sus casas...".*

[1067] Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, *Ob. Cit.,* T.II, p. 1152, incinerar es reducir a cenizas.

[1068] Véase: Lenis García, *Ob. Cit.,* p. 26, señala que la inhumación es anterior a la cremación en la historia, con el tiempo, nació la tribu, el cariño y el respeto a los muertos. Los griegos cremaban e inhumaban indistintamente a los cadáveres.

[1069] Véase sobre la incineración y cremación: Pérez Serrano, *Ob. Cit.,* p. 13, refiere que Degni repudiaba la incineración o cremación por considerar que destruía el último resto de personalidad humana.

[1070] Lenis García, indica entre las ventajas de la cremación, que ésta es más barata, permite conservar cenizas, tiene utilidad pública y evita la profanación de tumbas. En cuanto a la objeción se indica la posibilidad de inspeccionar cadáveres (*Ob. Cit.,* pp. 33 y 34.).

[1071] Véase; *Doctrina del Ministerio Público sobre el Código Orgánico Procesal Penal (2003),* Biblioteca Central "Rafael Arvelo Torrealba". República Bolivariana de Venezuela, Ministerio Público, Fiscalía General de la República, Caracas 2006, p. 87, en www.fiscalia.gov.ve/Doctrinas/DoctrinaCOPP-2003.rtf "...Siendo ello así, podemos advertir que siendo la cremación una cuestión meramente de elección y preferencia frente a otra alternativa como lo es la inhumación, y ante la consecuencial evidente imposibilidad de poder examinar o reexaminar cadáveres cremados, deben observarse con mayor rigor los requisitos de ley reguladores de la inhumación previstos en los instrumentos legales citados con anterioridad, para de esta forma impedir incluso que pueda hacerse nugatoria la acción de la justicia en casos de muertes violentas o cuando se sospeche fundadamente de ellas, toda vez que con la incineración del cuerpo las evidencias desaparecen"

muerte natural[1072]. Las referidas formas de disposición del cuerpo sin vida también están previstas en diversas ordenanzas municipales[1073].

El embalsamamiento por su parte, es un procedimiento menos común que los anteriores, consistente en la preservación del cadáver mediante la utilización de sustancias químicas a los fines de evitar la putrefacción[1074]. Así mismo, precisa del cumplimiento de la normativa especial sobre la materia[1075].

[1072] Véase artículo 28 Ordenanza sobre cementerios y servicios funerarios del Municipio Los Salias, ordinal 1, se precisa fallecimiento de causa natural establecida, ord. 2. que no porte marcapaso o sistema de energía que funcione con mercurio (www.alcaldialossalias.gov.ve/.../Archivos/D63_Sobre%20Cement%20Servic%20Fun%20(PRIM%20REF%20PAR)%20.pdf.) En el mismo sentido: artículo 25 Ordenanza sobre Cementerios del Distrito Federal del 22 de abril de 1994, *Gaceta Oficial* del Distrito Federal N° 1454.

[1073] Véase entre otras: Ordenanza sobre cementarios y servicios funerarios Municipio Los Salias, del Estado Miranda, del 30 de agosto de 2004, Gaceta Municipal, Año 21, N° Extraordinario, www.alcaldialossalias.gov.ve/.../Archivos/D63_Sobre%20Cement%20Servic%20Fun%20(PRIM%20REF%20PAR)%20.pdf; Reforma Parcial Ordenanza sobre Cementarios Municipales, Mérida (Municipio Libertador), del 16-11-2001, www.cmmlm.com.ve/Ordenazas_y_**Gaceta**s/2001/**Gaceta**_Municipa_Exaord_N73_2001.pdf ; Ordenanza sobre cementerios y servicios funerarios, Baruta, 22-9-95, http://seguridadbaruta.gov.ve/legislando/cementerios.html ; Ordenanza sobre Cementerios del Distrito Federal del 22 de abril de 1994, *Gaceta Oficial* del Distrito Federal N° 1454. Véase también: artículo 11 del Reglamento de Cementerios, Inhumaciones y exhumaciones: "*Cuando las Municipalidades deseen establecer el servicio de incineración de cadáveres, deberán solicitar el oportuno permiso del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, a cuya competencia corresponderá la aprobación de los modelos de hornos, columbarios y demás instalaciones, así como de la técnica a que deberá someterse la incineración*".

[1074] Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, *Ob. Cit.*, T. I, p. 800, indica que "embalsamar" consiste en llenar de sustancias balsámicas las cavidades de los cadáveres, como se hacía antiguamente, o inyectar en los vasos ciertos líquidos, o emplear otros diversos medios para preservar de la putrefacción los cuerpos muertos; http://es.wikipedia.org/wiki/Embalsamar , "El embalsamamiento fue una práctica, iniciada en el antiguo Egipto, al objeto de preservar la integridad de los cuerpos de los difuntos" Véase también sobre el embalsamamiento: Llagostera Cuenca, Esteban: *La momificación en el antiguo Egipto*, en http://www.egiptologia.com/content/view/371/73/ ; *Momias. Enigmas imperecederos de la civilización*, en http://www.mipunto.com/temas/2do_trimestre02/momias.html. Véase también: Moreno, Gabriela. *Las momias criollas del Doctor Knoche.* En; Todo en domingo, N° 60, Domingo 26 de noviembre de 2000, http://www.el-nacional.com/revistas/todoendomingo/todo60/insolito.htm , se indica que el suero del médico alemán Knoche, quien vivió en Venezuela, "permitía embalsamar los cadáveres sin extraerles las vísceras –lo que lo diferenciaba del método egipcio– y garantizaba la conservación del cuerpo durante un largo tiempo". En el mismo sentido: Zarraga, Humberto: *Espíritus de momias embalsamadas*. En: Revista Sala de Espera, Venezuela, publicada 10-5-07, http://www.saladeespera.com.ve/wordpress/columnistas/estacion-insolita/espritus-de-momias-embalsamadas-espritus-de-momias-embalsamadas/

[1075] Véase *Reglamento de Cementerios, Inhumaciones y Exhumaciones*, artículos 31 al 37, algunos de estos citados *supra* N° III.5. Véase también: Artículos 34 al 36, Ordenanza sobre cementarios y servicios funerarios Municipio Los Salias, del Estado Miranda, del 30 de agosto de 2004, Gaceta Municipal, Año 21, N° Extraordinario, www.alcaldialossalias.gov.ve/.../Archivos/D63_Sobre%20Cement%20Servic%20Fun%20(PRIM%20REF%20PAR)%20.pdf; Artículos 28 al 30, Reforma Parcial Ordenanza sobre Cementarios Municipales, Mérida (Municipio Libertador), del 16-11-2001, www.cmmlm.com.ve/Ordenazas_y_**Gaceta**s/2001/**Gaceta**_Municipa_Exaord_N73_2001.pdf

Todo individuo tiene derecho a disponer que su futuro cadáver se destine a título gratuito a instituciones científicas con fines de experimentación, o a centros especializados para la extirpación de órganos o materiales necesarios para su trasplante en otro sujeto, así como también prohibir la utilización de sus restos mortales con esos mismos fines[1076].

Según indicamos[1077] nos hacemos partícipes de la opinión[1078] que la posibilidad de destinar el cadáver a instituciones científicas debe ser prevista por el propio sujeto, por tratarse de un aspecto mucho más sensible y delicado que la simple inhumación, incineración o donación de órganos. Esta idea de la investigación científica es relativamente nueva, pues nunca se pensó que el cadáver pudiera ser un objeto de beneficio para la humanidad. Siempre se creyó que constituía un desperdicio de carácter afectivo[1079].

Observemos que ocurre en este sentido una situación semejante a lo relativo a las disposiciones *mortis causa* pero con relación al propio cuerpo del difunto. El hecho tiene lugar a la muerte del individuo, es decir una vez culminada la subjetividad de éste, pero su voluntad obviamente quedó plasmada durante el tiempo en que gozaba de personalidad y por ello la misma trasciende aún después de su fallecimiento.

Se trata del derecho de la persona de "disponer del cadáver" que según señalamos forma parte del derecho a disponer del cuerpo como derecho de la personalidad[1080]. Como una suerte de prolongación de la personalidad del ser humano, toda persona física tiene el derecho de disponer acerca del destino de su cadáver, lo que resulta un ejercicio en vida de esa facultad personalísima, pero que surte efectos después de la muerte. Dado el carácter absoluto del derecho en cuestión, la voluntad del sujeto acerca de sus futuros restos mortales debe ser respetada aun contra el parecer de los deudos o familiares del difunto[1081]. El acto por

[1076] Antequera Parilli, *Ob. Cit.,* pp. 49 y 50.
[1077] Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, p. 182.
[1078] Véase en este sentido: Aguilar Gorrondona, José Luis*, Ob. Cit.,* p. 123, es el propio sujeto y no otra persona quien puede consagrar su cadáver para fines humanitarios o científicos; Naranjo Ochoa, p. 132, cita a Oertman afirma que los herederos, no obstante esa pertenencia, no pueden disponer del cadáver para fines científicos.
[1079] *Ibid*., p. 133, De allí –según refiere Naranjo– que las legislaciones poco se hayan preocupado por legislar en la materia.
[1080] Véase nuestro trabajo: *Aproximación...*, pp. 179-186.
[1081] Antequera Parilli, *Ob. Cit.,* p. 48.

el cual la persona destina su propio cadáver se calificó en Italia como negocio jurídico de última voluntad, unilateral y revocable hasta la muerte[1082]. La decisión adoptada por la persona se superpondría a cualquier manifestación de voluntad adversa de sus familiares y a falta de esto el destino de los restos mortales sería determinado por los familiares[1083]. De manera, que en relación con el destino del cadáver, la voluntad de los parientes o en su defecto la autoridad pública o sanitaria[1084], entra en juego a falta de la manifestación de voluntad del propio interesado.

Vale citar en este sentido una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa que señala claramente que la voluntad del difunto priva sobre la de cualquiera de sus familiares inclusive el cónyuge, pues la sola manifestación de voluntad consciente y libre del donante es suficiente a los efectos de su eficacia[1085].

[1082] Kummerow, *Perfiles*..., p. 60.
[1083] *Ibid*., p. 57.
[1084] Véase: Antequera Parilli, *Ob. Cit.,* p. 50, señala que a falta de voluntad de la persona corresponde a la familia la decisión y a falta de familia, esa facultad es atribuida a la autoridad sanitaria. Véase en el mismo sentido: Marín Echeverría, *Ob. Cit.,* p. 41, Marín Echeverría que si no existiere ningún familiar para autorizar el destino, la autoridad municipal podrá disponer del cadáver en la forma que mejor convenga a los intereses de la comunidad, sin perjuicio del respeto que debe guardársele. Véase también sobre ésta última posibilidad: *Reglamento de Cementerios, Inhumaciones y Exhumaciones*, artículo 24; "*En las poblaciones en donde funciones una Escuela de Medicina, los cadáveres no reclamados por sus deudos podrán ser destinados a dicha Escuela*". Véase sobre dicha norma: Kummerow, *Aspectos*..., pp. 241 y 242, indica que en tal supuesto se precisa que el cadáver no haya sido reclamado y que en la población funcione una Escuela de Medicina, lo que excluye fines distintos a la enseñanza, como sería el caso de experimentos.
[1085] Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Político-Administrativa, Sent. N° 1922 del 27-07-06, en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01922-270706-2002-1056.htm. Se trataba de una demanda intentada contra el Instituto Anatómico José Izquierdo, adscrito a la Facultad de Medicina de la Universidad Central de Venezuela, por el cónyuge de la difunta pues ésta había manifestado donar su cuerpo después de fallecida al referido Instituto. La Sala indicó: "se evidencia que la ciudadana..., manifestó expresamente la voluntad de entregar su cuerpo una vez sobrevenida la muerte, al Instituto Anatómico "José Izquierdo", adscrito a la Facultad de Medicina de la Universidad Central de Venezuela, alegando para ello el pleno goce de sus facultades mentales y pidiendo "*absoluto respecto a su voluntad"*.Ahora bien, con fundamento en los alegatos expuestos por la parte actora, observa la Sala que la pretensión se encuentra dirigida a obtener la nulidad del documento suscrito por su cónyuge ante la Notaría antes mencionada, por cuanto, en su decir, carece de un elemento esencial para su validez, como lo es su consentimiento expreso.Al respecto, se evidencia de la copia certificada del acta de matrimonio consignada por la parte actora, marcada "A", que los ciudadanos...., contrajeron matrimonio el 23 de abril de 1999, ante la Prefectura del Municipio Irribaren del Estado Lara; resultando evidente que para el momento en que la mencionada ciudadana suscribió documento de donación ante la Notaría Pública del Municipio Cristóbal Rojas del Estado Miranda, esto es, el 26 de febrero de 2002, se encontraba casada con el referido ciudadano.Establecido lo anterior, la Sala observa que si bien es cierto que para la fecha de la suscripción del documento objeto de nulidad, existía entre los

Sin embargo, disposiciones de orden público pueden impedir el cumplimiento del deseo de quien fue persona si la decisión adoptada acerca del destino del cuerpo resulte violatoria de normas sanitarias[1086].

Curiosamente comenta Garzón Valdés que las decisiones de última voluntad se distinguen claramente de las que una persona toma con la intención de llevarlas a cabo en vida, pues aquéllas sólo pueden ser cumplidas por terceros. En tal caso la parte presuntamente dañada ha dejado de existir y jamás podrá enterarse que su voluntad ha sido burlada[1087]. Sin embargo, debe observarse que aunque ello se traduzca en una realidad práctica pues el difunto obviamente no puede personalmente defender la que fue su voluntad, la misma sí podría eventualmente ser considerada por la autoridad judicial[1088].

Como una proyección de la voluntad de la propia persona, el ser humano puede disponer en vida del destino de su cadáver. Ello constituye uno de los efectos personales de la muerte, pues según indicamos con ésta entran en vigor las disposiciones de última voluntad[1089]. Tales disposiciones *post mortem* presuponen necesariamente y como es obvio la pérdida de la subjetividad jurídica de quien se trate. Se trata de disposiciones que curiosamente encuentran aplicación cuando la persona ha dejado de existir.

ciudadanos antes mencionados un vínculo conyugal, sin embargo, para la validez del referido instrumento no se requiere de manera expresa el consentimiento de su cónyuge, toda vez que en estos casos la sola manifestación de voluntad consciente y libre del donante es suficiente a los efectos de su eficacia, más aún cuando la referida manifestación de voluntad fue establecida mediante documento autenticado.Aunado a lo antes expuesto, de la revisión de las actas que conforman el presente expediente no se evidencia que la parte actora haya establecido y mucho menos probado el incumplimiento de los requisitos de validez de la manifestación de voluntad dada por la donante; simplemente se limitó a probar la relación conyugal existente y la omisión del estado civil "casada" de su cónyuge, lo que en todo caso carece de relevancia y por consiguiente no constituye causal de nulidad.Establecido lo anterior, concluye esta Sala que tratándose de derechos personalísimos sólo basta la voluntad del donante, tal y como en vida lo hizo la referida ciudadana, mediante documento autenticado ante Notaría Pública".

[1086] Antequera Parilli, *Ob. Cit.,* pp. 48 y 49.

[1087] Garzón Valdés, Ernesto; *Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos.* En: Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas. Rodolfo Vázquez (compilador). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 237.

[1088] Como quedó evidenciado en la sentencia anteriormente citada: Tribunal Supremo de Justicia/ Sala Político-Administrativa, Sent. N° 1922 del 27-07-06, en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01922-270706-2002-1056.htm

[1089] Véase *supra* N° III.3.2.

Se alude también a la posibilidad de que el sujeto pueda realizar una suerte de "*testamentos biológicos*" o "testamento vital", a los fines de disponer el destino del cadáver[1090]. Tal expresión para algunos suele asociarse a la posibilidad de disponer la no aplicación de ciertas medidas médicas extraordinarias ante enfermedades terminales[1091]. En nuestra opinión, el término debería más bien responder al destino del cuerpo una vez acaecida la muerte, como corresponde la acepción testamento respecto del destino de los bienes de una persona[1092]. Ahora bien, la posibilidad de disponer anticipadamente sobre medidas específicas en caso de una enfermedad terminal, presenta varios inconvenientes: 1.- Es sumamente difícil prever las consecuencias de una enfermedad o

[1090] Véase: Bertoldi de Fourcade, María Virginia: *Bioética y Derecho Civil*. XVI Jornadas de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. En: http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co9p03.html

[1091] Véase: Martínez-Pereda, José Manuel: *El testamento vital y su aplicación en España*. En: http://www.aeds.org/congreso8/ponencias/tv_apes.htm, señala que ""testamento vital" o "testamento biológico", se designa la declaración escrita, en previsión de una eventual situación de incapacidad de su autor por estado de condición terminal o coma irreversible, donde ordena, tanto a sus propios familiares como a sus médicos en el futuro, que si el tratamiento a utilizar resultare extraordinario o desproporcionado, debe ser rehusado o cesado. En definitiva, existe un pronunciamiento escrito y anticipado sobre los tratamientos que se desean recibir o no, en el supuesto de padecer una enfermedad o irreversible que le lleve a un estado en el que le impida expresarse por sí mismo"; Sivila, Silvia Mabel: *El derecho de las personas al testamento vital y el respeto a su autonomía*, en http://www.bioetica.org/bioetica/mono27.htm. Véase también http://www.analisisdigital.com/Noticias/Noticia.asp?id=20343&idNodo=-3, consiste en la posibilidad del paciente de decidir con anticipación si permite o no que los médicos le apliquen terapias durante su enfermedad. Véase en este sentido: *Proyecto Código Penal*, Tribunal Supremo de Justicia, *Ob. Cit.,* pp. 183 y 184, hace referencia a que el consentimiento "podrá ser suplido por un *testamento vital* o documento auténtico en el cual haya manifestado su deseo acerca de los tratamientos médicos que desea recibir o no recibir caso de sufrir una enfermedad Terminal o irreversible...". (También en: http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/anteproyecto2.html) Véase también sobre el testamento vital: Aguado Borrajo, Pilar: *Conductas eutanásicas. El testamento vital*. Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón N° 166, IIIa Epoca, septiembre 2004, pp. 21-23 En: www.reicaz.es/circubol/boletcol/bolc0166/bolc0166.pdf Véase igualmente: Aguiar-Guevara, *Tratado*..., pp. 617-619, señala que "living Hill"..."es un documento que autoriza a que no se mantenga una persona dependiendo de aparatos médicos sin los cuales pronto moriría. Es un documento en el que una persona declara que, en caso de sufrir perjuicios irreparables en su salud, desea que nos se le mantenga viva artificialmente" (*ibid*., p. 617).

[1092] Véase al respecto: Martínez-Pereda, José Manuel: *El testamento vital y su aplicación en España*. En: http://www.aeds.org/congreso8/ponencias/tv_apes.htm "Hay que criticar la designación de testamento, porque el testamento es un acto de disposición de bienes para después de la muerte".

condición médica futura[1093]; 2.- La no aplicación de medidas extraordinarias al enfermo terminal constituye un deber médico[1094] por lo que una previsión en este sentido resulta innecesaria; 3.- la disposición de derechos que en gran medida son "indisponibles", pudiera afectar la validez de disposiciones que pretendan tocar el derecho a la vida. En todo caso, cualquier declaración anticipada del sujeto como expresión de la autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona, debe tener por norte a su vez, el carácter *relativamente indisponible*[1095] de los derechos de la personalidad[1096].

[1093] Véase al respecto: Martínez-Pereda, José Manuel: *El testamento vital y su aplicación en España*. En: http://www.aeds.org/congreso8/ponencias/tv_apes.htm "Muchos médicos dudan de la utilidad de tales declaraciones, pues las personas no pueden tener acertada previsión de cual serán sus preferencias en un supuesto de enfermedad grave y ello sin contar que la gran mayoría de las personas resultan totalmente desconocedoras de los medios y procedimientos existentes para prolongar la vida. De ahí que sus decisiones por anticipadas tengan poco valor. Ello obligaría al médico a cumplir mandatos de pacientes inconscientes que no han podido prever el problema realmente surgido y por ello algunos Estados han reconocido al médico el derecho a la objeción de conciencia en tales supuestos... Pero no es esta la única objeción formulada. Se señala también como grave inconveniente, que las instrucciones dadas por el paciente tienen que ser forzosamente imprecisas y no resulta posible su interpretación cuando el declarante se encuentra incapaz y por ello permite la ley que decida en lugar del enfermo incapaz un apoderado nombrado en su momento. Ello no empece a que tal apoderado interprete erróneamente la voluntad del enfermo y ello sin contar que puede tomar decisiones contrarias a las instrucciones del paciente"

[1094] Pues en todo caso, la previsión anticipada del sujeto de no aplicarse medidas extraordinarias ante una enfermedad tenerminal es innesaria, porque dicha aplicación ante un caso como el planteado, constituiría distanasia o encarnizamiento terapéutico, que es precisamente lo contrario al deber ser, a saber, el derecho del paciente a morir en paz o con dignidad, denominado ortotanasia. Temas estos que como son objeto de otra tesis según hemos reiteradamente indicado. Véase: Domínguez Guillén, *Aproximación*..., pp. 135-150. Véase también; artículos 79 y 81 del Código de Deontología Médica; artículo 28 de la Ley del Ejercicio de la Medicina.

[1095] Sobre éste, véase: Cifuentes, *Derechos*..., pp. 186-188; Cifuentes, *Elementos*..., pp. 48 y 49; Domínguez Guillén, *Aproximación...,* pp. 80 y 81.

[1096] La voluntad juega en el ejercicio de cada derecho, siempre que no se contraríen normas de orden público. La discusión está abierta respecto de cuáles son esas normas, así como la pregunta de si la decisión respecto a continuar la vida del enfermo terminal constituye un caso de indisponibilidad del derecho a vivir o más bien una manifestación de éste, en el sentido de terminar la vida con "paz o dignidad".

CONCLUSION

La persona, como ente susceptible de ser titular de deberes y derechos constituye sin lugar a dudas la protagonista del orden jurídico, siendo como es lógico, el sujeto natural la persona por excelencia o por antonomasia. Ahora bien, la personalidad o subjetividad jurídica del ser humano, a saber, la aptitud o cualidad de ser persona o titular de deberes o derechos, no es eterna sino que presenta límites temporales. Es así como la delimitación temporal del ser humano como sujeto de derecho es fundamental para el jurista; la determinación del instante preciso en que el hombre comienza a ser sujeto de derechos y obligaciones y por contrapartida, el momento exacto en que deja de serlo, es esencial porque entre tales límites se es "persona" para el orden legal.

De allí que sabiamente, se indicara en feliz expresión de Hattenhauer, que el hombre únicamente es persona en su vida corporal, pues al Derecho sólo le importa el hombre que constituye su mundo aquí, entre el nacimiento y la muerte. En el ordenamiento venezolano el ser humano tendrá personalidad mientras esté en dicho ínterin. Esto coloca la "vida" como presupuesto básico de la personalidad jurídica, pues ésta, además de ser derecho germen o soporte de los demás, se presenta simultáneamente como requisito de la subjetividad jurídica, porque el sujeto natural tendrá personalidad para el Derecho mientras tenga vida. En el presente estudio nos paseamos así por los dos hechos jurídicos más trascendentes para la personalidad jurídica del ser humano, esto es, el *nacimiento con vida* y la *muerte*.

Primeramente, analizamos las distintas teorías consideradas por la doctrina y las diversas legislaciones en torno al comienzo de la personalidad jurídica del ser humano, y al efecto indicamos que la teoría de la *concepción* pretende sostener que la subjetividad jurídica se tiene a partir de la fusión de la célula sexuales, asimilando la existencia natural que otorga la fecundación con la existencia legal que se posee a partir del nacimiento con vida, y en consecuencia confunde la protección al concebido con la concesión de personalidad. Señalamos que consagrar tal teoría supondría atribuir personalidad por efecto de la sola concepción, al margen del nacimiento con vida, circunstancia que no ocurre en la generalidad de los ordenamientos pues éstos simplemente subordinan la existencia legal al nacimiento con vida. Seguidamente nos referimos a las teorías relativas al *nacimiento*, entendiendo por éste el desprendimiento del nuevo ser del claustro materno con independencia del corte

del cordón umbilical, y distinguimos a su vez tres modalidades: la vitalidad, la viabilidad y la figura humana. La *vitalidad* exige que el nuevo ser nazca con vida aunque sea un instante siquiera, siendo en caso de duda las pruebas médicas de las *docimasias* fundamentales en tal determinación; la *viabilidad* precisa que además de nacer vivo el nuevo ser ha de ser viable, esto es, apto para recorrer el camino de la vida; la *figura humana* como su denominación lo denota requiere de la apariencia de ser humano para conceder la subjetividad. Algunos distinguen como tercera posibilidad una suerte de teoría *ecléctica,* que más que una combinación entre concepción y nacimiento (creemos que ello no constituye propiamente una teoría) se traduciría en la combinación de cualesquiera de las teorías del nacimiento con otra exigencia adicional (como sería el caso de haber superado las veinticuatro horas de nacido). La presentación ante el Registro del Estado Civil a pesar de su importancia probatoria es enteramente ajena a los hechos o circunstancias que dan inicio a la personalidad del ser humano en nuestro sistema.

La teoría de la vitalidad es la que adopta actualmente el sistema venezolano de conformidad con el artículo 17 del Código Civil siendo la más consecuente con la dignidad del ser humano. Fue acogida a partir del Código Civil de 1916 por iniciativa de Emilio Constantino Guerrero, aunque ya la habíamos adoptado en nuestro primer Código Civil de 1862 por inspiración del Código Civil Chileno de Andrés Bello de 1855. Nuestro segundo Código Civil de 1867 siguiendo el Proyecto de Código Civil para España de Florencio García de 1851 acogió la teoría de la figura humana y el haber superado las veinticuatro horas de nacido. Posteriormente, nuestro Código Civil de 1873, por inspiración del Código Civil italiano de 1865, adoptó la teoría de la viabilidad hasta el Código Civil de 1904 inclusive. Sin embargo, somos del criterio que estas dos últimas teorías (viabilidad y figura humana) presentan el inconveniente de la dificultad en la precisión de los supuestos que la configuran y adicionalmente vulneran la dignidad de la persona humana pues suponen la existencia de seres humanos nacidos vivos que no tendrían la condición de sujetos de derecho. De allí que pensamos, que en el estado actual de nuestro Derecho tales teorías deben ser consideradas como una mera referencia histórica, sin que podamos volver a la adopción de las mismas, en razón del carácter progresivo e irreversible de los derecho humanos.

Precisamos igualmente algunas ideas sobre la situación del *nasciturus* o por nacer, expresión que en un sentido amplio incluye tanto al conce-

bido o *conceptus* como al que habrá de ser concebido o *concepturus*. Señalamos que es indiscutible la protección que ciertamente el ordenamiento jurídico le brinda al concebido en homenaje a una existencia natural porque a partir del momento de la concepción o fusión de las células sexuales femenina y masculina comienza la vida de un nuevo ser. La consideración del feto se aprecia desde el punto de vista civil en aquellos casos en que se trate de su bien, como es la adquisición gratuita de derechos. Sin embargo, pensamos que dicha protección no supone en nuestro derecho vigente concesión propiamente de personalidad jurídica porque si el concebido no logra nacer con vida no adquiere la condición de sujeto de derecho, y ello será determinante desde el punto de las consecuencias jurídicas, por ejemplo, a los fines de una sucesión o de la distinción entre aborto y homicidio. La situación jurídica en que se encuentra el concebido entre el período de la concepción y el nacimiento con vida, ha sido ampliamente debatida por la doctrina, la cual ha ofrecido diversas explicaciones al respecto siendo la más difundida o aceptada que los derechos deferidos al *conceptus* se encuentran en una suerte de condición suspensiva hasta que opere el nacimiento con vida. Sin embargo, como los derechos condicionales precisan igualmente de un sujeto determinado y la distinción tiene aplicación en el ámbito del Derecho de Obligaciones, algunos acertadamente adoptan una salida sincera concluyendo que la situación jurídica del concebido desde el punto de vista de los principios rigurosos no cuenta con una explicación satisfactoria. El Código Civil también toma en cuenta al *concepturus* es decir, a aquel que ni siquiera ha sido todavía concebido, a los fines de donación, legado o constitución de hogar, fundamentalmente en atención a la voluntad del tercero y a condición de que el nacimiento llegue a hacerse efectivo.

Finalmente, nos referimos a la *prueba* del nacimiento que viene dada por la correspondiente partida del Estado Civil, que presenta una presunción de veracidad respecto de tal hecho jurídico de conformidad con el artículo 457 del Código Civil, la cual puede ser desvirtuada judicialmente mediante la prueba en contrario. Ello pues, en principio el hecho del nacimiento no tiene el carácter de auténtico porque al funcionario de registro no le consta el mismo.

Por su parte, *la muerte*, como hecho que incuestionablemente a todos y cada uno nos ha de llegar, puede ser definida para el Derecho como la pérdida o extinción de la personalidad o subjetividad jurídica del ser humano. En el derecho venezolano la muerte constituye la única cir-

cunstancia que tiene el poder de suprimir la condición de sujeto de derecho al hombre, diferenciándose así de otra figura afín como la ausencia, más específicamente la *presunción de muerte*, con la que sólo comparte ciertos efectos parciales como la partición. Ha desaparecido en la actualidad –aunque el Derecho venezolano no llegó a conocerla– la figura de la *muerte civil* por la cual el ser humano se consideraba muerto para el orden legal por efecto de ciertas condenas. Modernamente ha sido sustituida por una incapacidad negocial de derecho que en Venezuela se aprecia en el único de los regímenes de incapaces que tiene efecto sancionatorio, a saber, la interdicción legal.

La noción médica de muerte da lugar a la interesante distinción que se ha elaborado en las últimas décadas con el avance de la ciencia, entre *muerte clínica* y *muerte cerebral*, siendo la primera la cesación definitiva de las funciones vitales y la segunda, el cese de la actividad cerebral en forma irreversible. La tradicional definición de muerte, como cesación de la actividad cardíaca y respiratoria, ha sido reconsiderada, porque es médicamente posible que un ser que sustancialmente haya muerto le sean mantenidas artificialmente tales funciones a objeto de lograr la oxigenación y preservación de sus órganos vitales con fines de trasplantes de órganos. De tal suerte, que la distinción indicada se torna particularmente importante en materia de trasplantes y nuestra Ley Sobre Trasplantes de Órganos adopta el criterio de muerte clínica y de muerte cerebral, siguiendo la tendencia científica y legislativa de la mayoría de los países.

Precisamos diversas ideas en torno a tal distinción entre las dos categorías de muerte, pero la más importante es que en el estado actual de la ciencia médica la muerte cerebral no admite retorno, teniendo así un indiscutible carácter definitivo e irreversible, lo que permite diferenciarla de otros estados médicos como el estado de coma o el estado vegetativo. El carácter sustancial de la muerte cerebral permite igualmente distinguirla de otras situaciones jurídicas próximas a la muerte, en las cuales ésta ciertamente no ha acontecido, como es el caso de la eutanasia, la distanasia, la ortotanasia o el suicidio médico asistido. Finalmente, pensamos que el concepto de muerte cerebral, en razón de que representa muerte sustancial, puede ser utilizado para resolver otras situaciones jurídicas diversas a la problemática de los trasplantes.

La subjetividad desaparecida en razón de la muerte es causa de diversos *efectos* o consecuencias jurídicas. Así, aunque el efecto fundamen-

tal de la misma sea, como es obvio, la pérdida de la personalidad jurídica del sujeto, la muerte no impide que la personalidad pretérita siga haciéndose sentir. Deben distinguirse las relaciones jurídicas extrapatrimoniales que dependían enteramente de la esencia personal del sujeto de aquellas situaciones jurídicas de contenido patrimonial; las primeras, generalmente se extinguen con la persona, por ejemplo el matrimonio, los regímenes de incapaces, etc., así como las acciones derivadas de las mismas; contrariamente, el cúmulo de relaciones patrimoniales del causante, en principio se transmiten a los herederos en razón del mecanismo de la sucesión, que se abre por el solo efecto del fallecimiento. A la par, debe precisarse que existen derechos patrimoniales que excepcionalmente se extinguen con el sujeto porque han tenido lugar en razón de las condiciones particulares o personales de las partes, así como curiosamente, existen acciones en principio personales como las filiatorias que por disposición legal pueden ser ejercidas por los herederos. La subjetividad pasada del ser humano es considerada por el orden legal igualmente a través de la protección a la memoria del difunto y del cadáver, esto es, el residuo moral y físico, respectivamente, de quien fuera persona.

El orden de los fallecimientos de varias personas pudiera ser particularmente importante para el Derecho cuando tales sujetos están llamados recíprocamente a sucederse o algún derecho u obligación dependa del orden de tales muertes. Para resolver tal situación surge la distinción entre el sistema de la *premoriencia* y el de la *conmoriencia*; según el primero sobrevive el más fuerte, mientras que el segundo a falta de prueba presume que todos han fallecido al mismo tiempo. La arbitrariedad de la premoriencia propició que los distintos ordenamientos modernamente adopten, incluyendo al venezolano, el sistema de la conmoriencia, consagrado en el artículo 994 del Código Civil y que se traduce en una presunción de muerte simultánea.

Respecto de la *prueba* de la muerte, vale la misma consideración realizada en torno a la partida de nacimiento, esto es, la correspondiente acta del estado civil hará prueba en principio de las menciones relativas a dicho hecho, salvo prueba en contrario.

El *cadáver* es el residuo material de quien fuera persona; son los restos del ser humano luego de acaecida la muerte. Si bien después de la pérdida de la personalidad sólo queda un cadáver en la esfera física, éste merece una consideración especial por parte del Derecho por hallarse

impregnado de la dignidad que acompañó al ser cuando era persona. De allí que necesariamente se concluya que aunque el cadáver para algunos pueda ser considerado una cosa, está fuera del comercio, porque ciertamente tiene un status especial y los actos que se realicen respecto del mismo han de ser a título gratuito.

Constatamos a lo largo de nuestro estudio que la ciencia médica es fundamental en los diversos conceptos e ideas que rodean el inicio y el fin de la subjetividad humana[1097], pues en definitiva la noción legal de ciertos hechos jurídicos y su prueba, precisan del auxilio de la medicina para la comprensión de tales fenómenos. Mas aún, si con el tiempo, estos cambiasen, el Derecho deberá adecuarse a tal realidad, como en efecto ocurrió con la definición de muerte cerebral.

Concluimos así que en el estado actual de nuestro Derecho, la personalidad o subjetividad jurídica de la persona humana viene demarcada por dos hechos jurídicos: el nacimiento con vida y la muerte. La aptitud para ser sujeto de deberes y derechos la tiene el hombre desde su nacimiento con vida hasta que acontece la única circunstancia que tiene el radical poder de suprimirle su necesaria cualidad de ser persona, a saber, la muerte.

La protección a la personalidad futura que prevé el ordenamiento a favor del concebido, así como la protección a la subjetividad pretérita que consagra el Derecho a favor de la memoria del difunto y del cadáver, no es óbice para concluir que la vida que existe entre el nacimiento y la muerte, es la que delimita en definitiva la condición de sujeto de derecho del ser humano.

Si estos dos hechos jurídicos (nacimiento y muerte) no merecieran ser objeto de análisis a la luz de nuestro Derecho, muy pocas instituciones jurídicas –por no decir ninguna– serían dignas de estudio. El tiempo y la evolución médica y jurídica podrán variar las ideas aquí descritas, pero sin lugar a dudas, lo que nunca perderá vigencia es la necesidad de precisar los momentos límites que marcan la subjetividad jurídica del ser humano.

[1097] Tales como los conceptos de docimasia, aborto, muerte clínica y cerebral, estado de coma, estado vegativo, entomología forense, etc.

Bibliografía

ABARCA CANDERO, Ricardo: *Algunos datos acerca de la subjetividad jurídica*. México, Escuela Libre de Derecho, 1955.

ABELENDA, César Augusto: *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires, edit. Astrea, 1980, T. I.

AGUIAR ARANGUREN, Asdrúbal: *La dignidad humana: ¿una noción de contenido variable para el Derecho?*. En: http://www.sideme.org/doctrina/articulos/art0011-ve.htm.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano y otros: *Lecciones de Derecho Civil Internacional*. Madrid, edit. Tecnos, 1996.

AGUIAR-GUEVARA, Rafael: *Eutanasia: mitos y realidades*. Caracas, edit. TAMHER C.A., 2003.

__________: *Tratado de Derecho Médico*. Caracas, LEGIS, 2001.

AGUILAR GORRONDONA, Jorge: *Reflexiones sobre los efectos jurídicos en materia de Derecho de Familia de la reproducción asistida*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 27-55.

AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 14ª edic., 2000.

AGUIRRE, Joaquín: *Bioética y Trasplantes*. En: Materiales de Bioética y Derecho. Edición a cargo de María Casado. Barcelona, Cedecs Editorial S.L., 1996, pp. 223-239.

AGLIANO, Humberto: *Principios de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones de Ciencias Económicas S.R.L., s/f.

AGUADO BORRAJO, Pilar: *Conductas eutanásicas. El testamento vital*. Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón N° 166, III[a] Epoca, septiembre 2004, pp. 14-23. En: www.reicaz.es/circubol/boletcol/bolc0166/bolc0166.pdf

ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil I*. Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 14[a] edic., 1996, Vol. I.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Angel y Oscar Mago Bendahán: *Derechos de la personalidad y derecho de los daños morales. Una visión de derecho comparado desde la transdisciplinariedad y el Derecho Constitucional.* Caracas, Venezuela/León, España, Constitución Activa, Brebarios de Nuevo Derecho, 2007.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga*: Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile, edit. Nascimento, 3[a] edic., 1962, T. II, Parte General.

ALTERINI, Atilio Aníbal: *Derecho Privado*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3[a] edic., 1989.

ALVARADO, José Tomás: *El carácter individual del nasciturus. Análisis del período entre la concepción y la implantación del embrión*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo- agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 345-350.

ALVARADO CHACÓN, Joaquín Rafael: *La persona en el derecho romano y su influencia en el sistema jurídico de la América Latina. Segunda Parte: El nasciturus*. En: Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo N° 26. Valencia, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Comparado, 2003, pp. 21-55. También en: servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-1.pdf

ALVAREZ GUTIÉRREZ, Fernando: *La presunción de muerte por desaparecimiento.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, 1967.

ANDORNO, Roberto: *Bioética y dignidad personal*. Madrid, edit. Tecnos, 1998.

__________: *El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro.* En Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo- agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 321-328.

__________: *¿Todos los seres humanos son personas?*. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. En: http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co9p12.html

ANGIOLA, Silvia: *La muerte y los límites de la medicina*. En: http://www.monografias.com/trabajos3/muertemed/muertemed.shtml

ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor: *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica.* Madrid, Marcial Pons, 1996.

ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier: *Eutanasia: Dilemas relevantes.* En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 87-122.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *El Derecho, Los Trasplantes y las Transfusiones (Con especial referencia a la legislación venezolana).* Barquisimeto, ediciones UCOLA, 1980.

ARAMBURO, Mariano. *La Capacidad Civil* (*Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del derecho, la historia de la legislación y el derecho vigente en España).* Madrid, edit. Reus S.A., 1931.

ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa: *Persona Humana, ingeniería Genética y procreación Artificial. Horizontes, atajos, principios y trincheras de nuestro tiempo*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, pp. 15-62.

ARISMENDI A., Alfredo: *Derecho Constitucional. Guía y materiales para su estudio*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, 2ª edic., 2002, T. II.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto: *Nuevas tendencias en el tratamiento jurídico del aborto.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia, Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráficas León SRL, 1996, Tomo II, pp. 527-533.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto y otros: *La muerte y la medicina actual*. En: Ética, Política, Derecho y Situaciones de muerte. Caracas, ediciones del Rectorado, Alfredo Castillo Valery y Xavier Mugarra Torca ediciones, 1991, pp. 257-259.

ATIENZA, Manuel: *Juridificar la bioética*: Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas. Rodolfo Vázquez (compilador). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 64-91.

ÁVILA RODRÍGUEZ, Vinicio: *Comentarios a la organización del registro del estado civil en la actualidad*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Vol. I, pp. 179-221.

AZPIRI, Jorge Osvaldo: *Manual de Derecho de Personas y de Familia*. Argentina, Azmo Editores, 1976.

BAENA, Cecilia y otros: *La eutanasia II (trabajo monográfico).* En: www.lucas.simplenet.com/trabajos/eutanasia2/eutanasia2.html

BÁEZ, Carlos: *Bioética.* En: http://www.monografias.com/trabajos17/bioetica-y-clonacion/bioetica-y-clonacion.shtml

BANCALARI, Eduardo: *Factores perinatales en el diagnóstico del prematuro extremo*. En: Archivos de Pediatría del Uruguay, Vol. 74, N° 3, Montevideo, agosto 2003, pp. 158-165, http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-05842003000300003&lng=en&nrm=iso&tlng=es

BANDA VERGARA, Alfonso: *Consideraciones sobre trasplantes de órganos y derecho a la vida*. En: Revista de Derecho Valdivia Vol. 8, N° 1, Diciembre, 1997, pp. 19-60, http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000200002&lng=es&nrm=iso

__________: *Dignidad de la persona y reproducción humana asistida*. En: Revista de Derecho Valdivia Vol. 9, N° 1, Diciembre 1998, pp. 7-42, http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200001&lng=es&nrm=iso

BALLESTEROS, Jesús: *Ortotanasia: El carácter inalienable del derecho a la vida.* En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 47-57.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro: *Derecho Civil Introducción y Personas*. México, Edit. Harla, 1995.

BARASSI, Ludovico: *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona, José María Bosch editor, 1955, Vol. I. Trad. Ramón García De Haro De Goytisolo.

BARBERO, Doménico: *Sistema de Derecho Privado*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, T. I.

BARONI UZCÁTEGUI, Ricardo: *Nueva organización del Registro Civil de las personas*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Vol. I, pp. 223-301.

BARRENECHEA, Juan José: *Aspectos legales de la eutanasia.* En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, pp. 87-94.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Montecorvo S.A., 1976.

BERNARD MAINAR, Rafael: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

__________: *La regulación de la reproducción asistida en el Derecho Comparado.* En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 261-307.

BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia: *Bioética y Derecho Civil*. XVI Jornadas de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. En: http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co9p03.html

BINSTOCK, Hanna: *La Presunción de muerte por accidente en la legislación venezolana*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974.

BLANCO, Luis Guillermo: *Muerte digna. Consideraciones bioético-jurídicas*. Buenos Aires, edit. Ad-hoc S.R.L., 1997.

BOCARANDA E., Juan José: *Guía Informática Derecho de Familia*. Caracas, Tipografía Principios, 1994, T. I.

BONNECASE, Julien: *Tratado Elemental de Derecho Civil*. México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo.

BORDA, Guillermo: *Manual de Derecho Civil*. Parte General. Buenos Aires, edit. Perrot, 7ª edic., 1974.

__________: *Principio de la existencia de la persona humana*. En: La persona humana. Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 1-13.

BORDA MEDINA, María Paulina y José Ernesto Borda Medina: *Consideraciones Acerca de la Persona en Estado de Coma*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1991.

BORREL MACIÁ, Antonio: *La Persona Humana: Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1954.

BORREL Y SOLER, Antonio M. : *Derecho Civil Español*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1955, T. I.

BORRERO VANEGAS, María Fernanda: *Declaración de ausencia y muerte por desaparecimiento*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 1987.

BOSSERT, Gustavo y Eduardo Zannoni: *Manual de Derecho Familia*. Buenos Aires, Edit. Astrea, 3ª edic., 1991.

BRAVO CASAS, Víctor Lisandro: *Fin de la existencia de la Persona Natural*. Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1982.

BREWER-CARÍAS, Allan: *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Constituyente)*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, T. III.

__________: *La Constitución de 1999*. Caracas, edit. Arte, 2ª edic., 2000.

BRUNETTA D´USSEAUX, Francesca: *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*. Milano, Giuffre´ Editore, 2001.

BUERES, Alberto J.: *Trasplante de Órganos*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, pp. 139-165.

CALO, Emanuele: *Nuevos derechos y autonomía de la voluntad.* Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2000.

CALSAMIGLIA, Albert: *Sobre la Eutanasia*. En: Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas. Rodolfo Vázquez (compilador). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 150-175.

CANCELA, Omar J. y otros: *Instituciones de Derecho Privado*. Buenos Aires, edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. 1988.

CARBONNIER, Jean: *Derecho Civil*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960, T. I, Vol. II.

CARRASCO, Ana María y Silvia Piskorz: *Reflexiones sobre la muerte digna y los proyectos de ley en nuestro país*. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. En: http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co9po13.html

CARRASCO DE PAULA, Ignacio: *El respeto debido al embrión humano. Perspectiva histórico-doctrinal*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 21-42.

CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho Civil*. Madrid, edit. Tecnos S.A., 1996.

CASADO, María: *Las leyes de la bioética*. España, edit. Gedisa S.A., 2004 (con la colaboración de Salvador Darío Bergel, Mariana Doberning, Gonzalo Figueroa Yáñez y Ana Sánchez Urrutia).

__________: *Hacia una concepción flexible de la bioética*. En: Estudios de Bioética y Derecho. María Casado (comp.). Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 21-34.

__________: *Bioética, derecho y sociedad.* Madrid, edit. Trotta, 1998.

__________: *¿Por qué Bioética y Derecho?.* En: http://www.monografias.com/trabajos904/bioetica-derecho-relacion/bioetica-derecho-relacion.shtml

CASAS SÁNCHEZ, Juan de Dios y María Soledad Rodríguez Albarrán: *Manual de Medicina Legal y Forense*. Madrid, edit. Colex, 2000.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español Común y Foral*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955, Tomo I, Vol. II.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *La Recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justinianea sobre el comienzo de la existencia humana*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 165-184.

CATALANO, Pierangelo: *Observaciones sobre la "Persona" del concebido a la luz del derecho romano.* En : La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 137-163.

__________: *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano I.* Torino, G. Giappichelli Editore, 1990.

CIFUENTES, Santos: *El embrión humano. Principio de existencia de la persona*. s/l, Edit. Astrea, 2002, En: www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0046.pdf

__________: *Derechos personalísimos.* Buenos Aires, edit. Astrea, 2ª edic., 1995.

__________: *Elementos de Derecho Civil*. Buenos Aires, edit. Astrea, 1991.

CISNEROS FARÍAS, Germán: *Teoría del Derecho*. México, edit. Trillas, 1999.

COBO PLANA, Juan José: *Compendio de Jurisprudencia Civil*. Derecho Civil. Parte General. Madrid, Dikinson, 1997.

CODIGO CIVIL DE VENEZUELA, *Artículos 1 al 18.* Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1989.

__________: *Artículos 184 al 185-A*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1998.

COELLAR ESPINOZA, Max: *Derecho de Personas. Primera Parte. Del Principio y extinción de las personas naturales y sus atributos.* Ecuador, Publicaciones del Departamento de difusión cultural de la Universidad de Cuenca, 1991.

COLIN, Ambrosio y H. Capitant: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 2ª edic., 1941, T. II, Vol. I.

COMESAÑA SANTALICES, Gloria M.: *La muerte desde la dimensión filosófica: una reflexión a partir del ser –para– la muerte heideggeriana.* En: Agora Trujillo. Revista del Centro Regional de Investigación Humanística, Económica y Social Año 7 - Nº 13 enero - junio 2004, pp. 113-125. También en: www.saber.ula.ve/.../alexandr/db/ssaber/Edocs/pubelectronicas/agoratrujillo/agora13/articulo_5.pdf

CONSTANTINO GUERRERO, Emilio: *Apuntaciones sobre el Código Civil Venezolano*. En: Revista del Ministerio de Justicia N° 47. Caracas, Año XII, octubre-noviembre-diciembre de 1963.

CONTRERAS, Ricardo Rafael: *Bioética Reto de la Postmodernidad*. Mérida, 2005, www.serbi.ula.ve/serbiula/libros-electronicos/Libros/bioetica/pdf/bioetica.pdf

CONTRERAS BRICEÑO, Gustavo: *Manual de Derecho Civil I Personas.* Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 5ª edic., p. 1987.

CONTRERAS VEGA, Alix R.: *El Registro Civil en Venezuela Régimen actual*. En: Revista Tachirense de Derecho N° 16-17. Universidad Católica del Táchira, enero-dicembre 2004-2005, pp. 97-108.

CORZO GÓMEZ, José: *La identificación del recién nacido*. Buenos Aires, edit. Leimen, 1943.

CORRAL TALCIANI, Hernán: *El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol 17, N° 2, mayo-agosto 1990, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, pp. 301-321.

__________: *Ausencia y muerte presunta. Un intento de explicación sistemática del régimen jurídico de la incertidumbre sobre la existencia de las personas naturales*. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 1, enero-marzo 1998, Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho, pp. 9-26.

COVIELLO, Nicolás: *Doctrina General del Derecho Civil*. México, Unión Tipográfica editorial Hispano-americana, 1949.

COZZOLI, Mario: *El embrión humano: aspectos ético-normativos*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 225-258.

CRUZ IBÁÑEZ Santa María, Gonzalo: *Persona, Personalismo y Derecho Humanos.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 12, N° 2, mayo-agosto 1985, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 313-323.

CRUZ PRADA, Pedro Arturo: *Algunas consideraciones en torno al derecho a la vida y la eutanasia.* En: http://www.monografias.com/trabajos/eutanasia/eutanasia.shtml

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F.: *Orientaciones y criterios sobre la inseminación artificial*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia. Caracas-Venezuela 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, Tomo I, pp. 199-221.

D´AGOSTINO, Francesco: *Bioetica*. *Nella prospettiva della filosofia del diritto*. Torino, G. Giapichelli Editore, Terza edizione, 1998.

D´EMPAIRE, Gabriel: *¿Qué es la bioética?.* En: Asociación de Bioética Clínica. Caracas, 1997, http://www.bioetica.org.ve/fixed.htm

__________: *Limitaciones de medidas terapéuticas en pacientes críticos. Aspectos éticos, legales y religiosos.* En: Asociación de Bioética Clínica. Caracas, 1997, http://www.bioetica.org.ve/fixed12.htm

__________: *Dilemas en la toma de decisiones del paciente crítico*. En: Asociación de Bioética Clínica. Caracas, 1997, http://www.bioetica.org.ve/fixed10.htm

DE BUEN, Demófilo: *Derecho Civil Español Común*. Madrid, edit. Reus, 1930.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *La persona jurídica.* Madrid, edit. Civitas, 2ª edic., 1984.

DE CUPIS, Adriano: *I Diritti della personalitá*. Milano, Dott A Giuffré editore, 1959, IV, T. I y T. II.

__________: *Teoría y Práctica del Derecho Civil.* Barcelona, Librería Bosch, 1960.

DE RUGGIERO, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, Instituto Editorial Reus, s/f, T. I.

DE VOLLMER, Christine: *Aspectos legales del aborto y su penalización en América Latina.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia, Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráficas León SRL, 1996, Tomo II, pp. 603-611.

Diccionario de la Lengua Española. Madrid, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, 1992.

Diccionario Médico Ilustrado de Melloni. España, edit. Reverté S.A., 1983.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: *Valores Superiores e interpretación constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

DIEZ DÍAZ, Joaquín: *Los Derechos Físicos de la Personalidad Derecho Somático*. Madrid, edit. Santillana, 1963.

DIEZ PICAZO, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil.* Madrid, edit. Tecnos, 9ª edic., 1997, Vol. I.

Doctrina del Ministerio Público sobre el Código Orgánico Procesal Penal (2003), Biblioteca Central "Rafael Arvelo Torrealba". República Bolivariana de Venezuela, Ministerio Público, Fiscalía General de la República, Caracas 2006, en www.fiscalia.gov.ve/Doctrinas/DoctrinaCOPP-2003.rtf

DOMINICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Reformado en 1896. Caracas, edit. Rea, 1962, T. I.

DOMINGO, Rafael: *El Aborto y el Tribunal Constitucional Alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo- agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *El nombre civil*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 118, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 201-269.

__________: *Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad*", en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 119, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 17-44.

__________: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores N° 1, 2001.

__________: *La persona: ideas sobre su noción jurídica*. En: Revista de Derecho N° 4. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 317-355.

__________: *El Estado Civil*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 359-410.

__________: *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad.* En: Revista de Derecho N° 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 49-311.

__________: *Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999*. En: El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, 2003, T. I, pp. 215-265.

__________: *La sede jurídica*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo I, pp. 449-495.

__________: *Primacía de la persona en el orden constitucional*. En: El estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara. Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 2005, pp. 299-320.

__________: *Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999*. En: Revista de Derecho N° 17, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp. 215-247.

__________: *El reconocimiento voluntario de la filiación*. En: Revista N° 23. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006, pp. 27-68.

__________: *El cálculo de la concepción*. En: Revista de Derecho N° 24. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp. 63-96.

DOYHARCABAL CASSE, Solange*: El Derecho a la vida en el nasciturus en la legislación chilena y comparada.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo- agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

DUCCI CLARO, Carlos: *Derecho Civil. Parte General.* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edic., 1988.

DWORKIN, Gerald y otros: *La eutanasia y el auxilio médico al suicidio*. Madrid, Lavel S.A., Primera edición en Cambridge University Press de 1998, 2000. Traducción Carmen Francí Ventosa.

El estatuto jurídico del embrión en los Convenios Internacionales y en la legislación de España, Alemania y Francia. Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Año XIV, N° 297, Julio de 2004, www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro297.pdf

ENNECCERUS, Ludwing y otros (Theodor Kipp y Martín Wolff): *Tratado de Derecho Civil.* Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1947, Primer Tomo, Parte General, Vol. I, Trad. de la 39ª edic. alemana de Blas Pérez González y José Alguer.

ESCOBAR TRIANA, Jaime: *El morir como ejercicio final del derecho a una vida*. Colección Bios y Ethos. Bogotá, Ediciones El Bosque, 2ª edic, 2000.

ESPARZA BRACHO, Jesús: *La Fertilización in vitro y otras aplicaciones Biomédicas: Bases éticas de su regulación legal*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 70, La Universidad del Zulia, Enero-julio 1993, pp. 35-45.

__________: *Conflictos bioéticos a la luz de los derechos corporales; los derechos de los progenitores, de los receptores de gametos y embriones y del nascirutus*. En: Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política Vol. 2, N° 1, Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José M. Delgado Ocando", Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, La Universidad del Zulia, Maracaibo, Julio de 1995, pp. 9-25.

__________: *Las técnicas de reproducción asistida y la investigación embrionaria: una visión bioética pluralista para la determinación del status jurídico del nasciturus*. En: I Congreso Venezolano de Derecho de Familia. Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Mérida, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 135-142.

EUSEBI, Luciano: *La tutela del embrión humano: perfiles jurídicos*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 259 y ss.

FARFÁN MOLINA, Francisco: *Eutanasia, derechos humanos y ley penal. Un estudio sobre el derecho a disponer de la propia vida.* Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

FARREL, Martín D.: *Apresurando la propia muerte*. En: Perspectivas Bioéticas en las Américas. Argentina, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Año 1, N° 1, Primer Semestre de 1996, pp. 92-99.

FAÚNDEZ Ledesma, Héctor: *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (El Derecho a un juicio justo).* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1992.

FERNÁNDEZ BULA, María Andrea: *Fecundación asistida y manipulación genética*. En: XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co9po8.html

FERNÁNDEZ DE BUJAN, Federico: *La vida. Principio rector de derecho*. Madrid, Dykinson, 1999.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo: *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935.

FERNÁNDEZ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Oscar: *La vida humana ¿A partir de cuándo somos seres humanos?*. En: http://www.encuentra.com/documento.php?f_doc=2695&f_tipo_doc=9

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio: *Dignidad humana y eutanasia*. En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 27-45.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *Tratamiento Jurídico del Concebido*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 185-223.

FERRAJOLI, Luigi: *La cuestión del embrión entre derecho y moral*. En: Jueces para la democracia. Información y Debato. Madrid, N° 44, julio 2002, pp. 3-12, www.juecesdemocracia.es/revista/jpd_num_44.pdf

FERRARA, Francesco: *Le Persone Giuridiche*. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinense, 1938. Tomado de: Trattato di Diritto Civile Italiano. Por Vassalli, Filippo. Vol. II, T. II.

FERRER, Francisco: *Procreación asistida. Panorama jurídico*. En: "La persona". Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 124. S/l, La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral, 1996, pp. 261-263.

FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo: *Persona, Pareja y Familia*. Chile , edit. Jurídica de Chile, 1995.

FLORES, Anik y Andrea Rondón García: *La naturaleza de las actas del Registro Civil.* En: Revista de Derecho N° 18. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2005, pp. 345-392.

FRANCA TARRAGO, Omar: *Legislación uruguaya en relación al inicio de la vida humana y sus derechos*. www.ucu.edu.uy/.../Etica/Publicaciones/2Bioetica%20o%20Etica%20de%20la%20Vida/abor_asp_legal.pdf

FROSINI, Vittorio: *Derechos Humanos y Bioética*. Santafé de Bogotá, edit. Temis, 1997.

__________: *La letra y el espíritu de la ley.* Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1995.

FUENMAYOR G., José Andrés: *Consideraciones generales sobre los trasplantes de órganos y otras materias afines.* En: Revista de la Facultad de Derecho N° 47. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1993, pp. 147-157.

GAFO, Javier: *10 palabras claves en Bioética*. España, edit. Verbo Divino, 5ª edic., 2000.

GAJARDO, Samuel: *Medicina Legal*. Chile, edit. Nascimento, 1952.

GANGI, Calogero: *Persone Fisiche e Persone Giuridiche.* Milano, Dott. A. Giuffre editore, 1946.

GARCÉS HOLGUIN, Julián Alberto y Juan David Pérez Gaviria: *La Suspensión Artificial de la Vida y el Derecho*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1972.

GARCÍA AMIGO, Manuel: *Instituciones de Derecho Civil.* Madrid, Editoriales de Derechos Reunidas, S.A., 1979.

GARCÍA-VELUTINI, Oscar: *Sobre Derechos Personales y la Dignidad Humana*. Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 27, 1986.

GARZA, Raúl: *Bioética.* México, Trillas, 2000.

GARZON VALDÉS, Ernesto: *¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?.* En: Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas. Rodolfo Vázquez (compilador). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 42-63.

__________: *Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos.* En: Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas. Rodolfo Vázquez (compilador). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 214-253.

GASCÓN ABELLÁN, Marina: *¿De qué estamos hablando cuando hablamos de eutanasia?.* En: www.fundacionmhm.org/pdf/Numero1/Articulos/articulo1.pdf

GHERARDI, Carlos: *Muerte Cerebral: Una mirada crítica y reflexiva*. En: http://www.medicosecuador.com/espanol/articulos_medicos/68.htm

GHERSI, Carlos Alberto: *Valor de la vida humana (Indemnización por lesiones y muerte. Estratificación socioeconómica y cultural. Proceso de consumo y ahorro. Meritocracia y derecho de chance).* Buenos Aires, edit. Astrea, 3ª edic., 2002.

__________: *Derecho Civil Parte General.* Buenos Aires, Edit. Astrea, 1993.

GILSANZ, Fernando: *Ley de Trasplantes. Criterios de muerte cerebral.* En: De la Donación al Trasplante; Aspectos Legales, médicos y logísticos. Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1987, pp. 27-38.

GIORGIANNI, Michele: *La dichliarazione di morte presunta*. Milano, Dott. A. Giuffré editore, 1943, XXI. R. Universitá di Catania. Pubiblicazioni della Facolta di giurisprudenza.

GIRALDO G., César Augusto: *Medicina Forense*. Medellín, Señal Editora, 10ª edic., 2001.

GIUGNI, Humberto: *Lecciones de Medicina* Legal. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores, 9ª edic., 2004.

GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán: *Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos*. Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1984.

GOMIS, José y Luis Muñoz: *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. México, s/edit., 1942, T. I.

GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen: *De los Conceptos de Persona y Hombre en la Tradición Romanística*. En: La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 39-53.

__________: *Los retos jurídicos de la genética*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho. 1995, pp. 207-230.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*. Madrid, edit. Civitas S.A., 1986.

GOYENA COPELLO, Héctor Roberto: *Los Nuevos horizontes del Derecho de Familia y la necesidad de protección de la persona en la normativa civil y la tipificación penal. Estatuto Jurídico.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráficas León S.R.L., 1996, Tomo I, pp. 171-181.

GRACIA, Diego: *Historia de la eutanasia*. En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, pp. 13-32.

GRATERÓN GARRIDO, Mary Sol: *Derecho Civil I. Personas.* Caracas, Fondo Editorial USM, 2000.

GRAVINA, Orlando: *La Ausencia*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo. Caracas, Tipografía Vargas, 1970-1972, N° 43-45, pp. 107-110.

GRISANTI, Carlos F. *Estudio Jurídico*. Caracas, Empresa El Cojo, 1916.

GUGLIELMI, Enrique: *Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, edit. Universidad, 1980.

GUGLIELMO RUBBIANI, Galasso: *L' Applicazione delle leggi in* generale *e il diritto delle persone*. Milano, Societá editrice Libraría, 1940.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons Jurídicas y Sociales S.A., 2005.

GUTIÉRREZ JARAMILLO, Javier: *Eutanasia activa en pacientes terminales*. En: www.hemeroteca.icfes.gov.co/revistas/comedica/Vol28No3/eutanasia.html

GUZMÁN MORA, Fernando: *Persona*. En: http://abcmedicus.com/articulo/id/311/pagina/2/persona.html

HARRIS, John: *Superman y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana.* Madrid, edit. Tecnos, 1998. Trad. Michel Angstadt.

HATTENHAUER, Hans: *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona, edit. Ariel S.A., 1987.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: *Anotaciones a la Ley alemana sobre protección de los embriones: genoma humano y cuestiones de responsabilidad penal*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 103. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 181-190.

HIIBNER G, María Eugenia y Rodrigo Ramírez F.: *Sobrevida, viabilidad y pronóstico del prematuro.* En: Revista médica de Chile, Vol. 180, N° 8, Santiago, Agosto 2002, pp. 931-938, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872002000800015&script=sci_arttext

HOOFT, Pedro Federico: *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999.

__________: *Bioética y jurisprudencia*. En: http://www.monografias.com/trabajos904/bioetica-jurisprudencia-medicalizacion/bioetica-jurisprudencia-medicalizacion.shtml

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva M.: *La persona y sus derechos*. Colombia, edit. Themis S.A., 2000.

HUEZO CHÁVEZ, Efraín Antonio: *Consideraciones sobre el Registro Civil en el Salvador*. El Salvador, Universidad del Salvador, 1972.

HUNG VAILLANT, Francisco: *Derecho Civil I.* Caracas-Venezuela-Valencia, Vadell Hermanos Editores, 2ª edic., 2001.

IRURETA GOYENA, José: *Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños y de otras personas incapaces*. Montevideo, Casa A. Berreiro y Ramos S.A., 1932.

JONAS, Hans: *Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de la responsabilidad*. España, edit. Paidos Básica, 1997. Trad. Carlos Fortea Gil.

JOSSERAND, Louis: *Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, T. I, Vol. I.

JUANATEY DORADO, Carmen: *Derecho, suicidio y eutanasia.* Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, 1994.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *El Derecho del menor a su propio cuerpo*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, pp. 246-286.

KERDEL VEGAS, Francisco: *Las grandes paradojas de la medicina actual*. En: Gaceta Médica de Caracas, Vol. 113, N° 2, abril 2005, http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0367-47622005000200001&lng=es&nrm=iso

KRAUT, Alfredo Jorge: *Los Derechos de los Pacientes.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

KUMMEROW, Gert: *Perfiles Jurídicos de los Trasplantes en Seres Humanos.* Mérida, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Jurisprudencia, Colección Justitia et Jus, Sección Investigaciones N° 4, 1969.

__________: *Aspectos Relativos a la propiedad del cadáver.* En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, N° 11, Caracas, 1957, pp. 227-244.

LACADENA CALERO, Juan Ramón: *Congelación de ovocitos humanos: aspectos científicos, éticos y legales.* En: http://w3.cnice.mec.es/tematicas/genetica/2003_01/2003_01_00.html

__________: *¿Qué hacer con los embriones sobrantes? El II informe de la Comisión Nacional de Reproducción humana asistida de España*. En http://w3.cnice.mec.es/tematicas/genetica/2001_12/2001_12_01_3.htm

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil.* Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1990, Vol. II.

LAFFITTE, Jean: *La condición del embrión a la luz de la antropología teológica*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 182-205.

LA ROCHE, Alberto José: *Derecho Civil I*. Maracaibo, Edit. Metas C.A., 2ª edic., 1984, Vol. II.

LASARTE, Carlos: *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, T. I.

LAURENT, F.: *Principios de Derecho Civil*. Puebla, Editor J.B. GUTIÉRREZ, 2ª edic., 1912, T. I.

LEHMANN, Heinrich: *Tratado de Derecho Civil.* Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1956, Vol. I., Trad. José María Navas.

LENIS GARCÍA, Carmen Elena: *Disposición del Cadáver.* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socieconómicas, edit. Kelly, 1981.

LENOIR, Noëlle: *L´Europe, Le Droit et la Biothique*. En: Héctor Gros Espiell. Amicorum Liber. Bruylant Bruxelles, 1997, Vol. I, pp. 641-666.

LEÓN C., Augusto: *Responsabilidad médica en las situaciones de emergencia y en el manejo de personas críticamente enfermas.* En: Etica, Política, Derecho y Situaciones de muerte. Caracas, ediciones del Rectorado, Alfredo Castillo Valery y Xavier Mugarra Torca ediciones, 1991, pp. 27-45.

__________: *Aspectos bioéticos relacionados con el comienzo y el valor de la vida humana*. En: Revista de la Facultad de Medicina, Vol. 23, N° 2, julio 2000, pp. 78-84, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S0798-04692000000200002&script=sci_arttext&tlng=es

LEÓN C., Augusto y Francisco López Herrera: *Las nuevas formas de originar la vida a la luz de la ética y del Código Civil de Venezuela (Consideraciones preliminares).* Caracas, Academia Nacional de Medicina y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Noviembre 1989.

LEONGÓMEZ, Enrique: *Del Principio de las Personas Naturales*. Bogotá, edit. Patria, 1926.

LERET DE MATHEUS, María Gabriela: *La biología molecular y el régimen jurídico del embrión humano.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráficas León S.R.L., 1996, Tomo I, pp. 425-437.

LETE DEL RIO, José M.: *Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Tecnos, 3ª edic., 1996.

Ley alemana para la protección de los embriones, de 13 de diciembre de 1990. Traducción de María José Villalobos. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo- agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 417-422.

LINDON, Raymond: *Une création prétorienne*: *Les droits de la personnalité*. París, Manuels Dalloz de Droit Usuel, Dalloz, 1974.

LOMBARDI, César Alfredo y Gustavo Salvatori Reviriego: *Derecho a la identidad personal y procreación asistida*. En: XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co1po4.html

LÓPEZ ALFONSO, Francisca: *El Registro, Rectificación e Inserción de Partidas de Nacimiento*. En: Competencia de los Asistentes Jurídicas del INAM y de los Procuradores de Menores. Caracas, Fiscalía General de la República, Publicaciones del Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público, N° 5, 1982.

LÓPEZ DE LA PEÑA, Xavier A.: *Los Derechos del Paciente.* México, edit. Trillas, 2000.

LÓPEZ GÓMEZ, José Ramón: *Dilemas bioéticos en obstetricia y ginecología.* En: Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela Vol. 66, N° 3, septiembre 2006, pp. 185-190, http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322006000300009&lng=en&nrm=iso (también en: www.scielo.org.ve/pdf/og/v66n3/art09.pdf)

LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Consideraciones preliminares sobre las nuevas formas de generar vida humana a la luz del Código Civil de Venezuela.* En: XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia Barquisimeto 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diarios de Tribunales, 1990, pp. 17-35.

__________: *Consideraciones sobre las nuevas formas de originar la vida humana a la luz del Código Civil de Venezuela*. En: Estudios sobre Derecho de Familia. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, p. 117-148.

__________: *Derecho de Familia*. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello" y Banco Exterior, 2ª edic., 2006, T. II.

LORETO, Luis: *El concepto de relación jurídica en Derecho Privado*. En: Ensayos jurídicos. Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt y Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edic., 1987, pp. 83-91.

LOYARTE, Dolores y Adriana Esther Rotonda: *Biomedicina y Derecho Civil.* XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. En: http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co9po6.html

LOZANO ORTIZ de ZÁRATE, María Clara*: La Problemática Jurídica de los Trasplantes de órganos en el Derecho Civil*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1992.

LUCAS LUCAS, Ramón: *El estatuto antropológico del embrión humano*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 155-181.

LUNA BISBAL, Mauricio: *Trasplantes. Bases para una Legislación*. Bogotá, edit. Temis, 1974.

LLAGOSTERA CUENCA, Esteban: *La momificación en el antiguo Egipto*, en http://www.egiptologia.com/content/view/371/73/

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires, edit. Perrot, 17ª edic., 1997, T. I.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días.* En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 371-399.

MARÍN ECHEVERRÍA, Antonio Ramón: *Derecho Civil I. Personas*. Venezuela, McGraw-Hill Interamericana, 1998.

MARÍN G., José A.: *La Eutanasia desde la perspectiva del derecho comparado*. Especial atención a los casos holandés y norteamericano. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. N° 85, 1994-95, pp. 139 y ss.

MARÍN PÉREZ, Pascual: *Derecho Civil*. Madrid, Edit. Tecnos, 1983, Vol. I.

MARTÍN CORONA, José Félix: *Medicina Legal*. Caracas, edit. Texto, 4ª edic., 2003.

MARTÍNEZ ACOSTA, Carlos Darío y Andrés Uprimny Yepes: *El feto humano*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1984.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos y otros: *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Colex, 2ª edic., 2001, Vol. I.

MARTÍNEZ MONTAUTI, Joaquín: *Fines de la medicina*. En: Estudios de Bioética y Derecho. María Casado (compilador). Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 147-156.

MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel: *El testamento vital y su aplicación en España*. En: http://www.aeds.org/congreso8/ponencias/tv_apes.htm

MASSAGLIA, María Valeria: *Utilización de embriones y fetos humanos muertos o vivos no viables con fines diagnósticos, terapeúticos o de investigación.* En: 1ª Jornadas nacionales de Bioética y Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000. http://www.aaba.org.ar/bi170p29.htm

MASIA, Juan: *¿Eutanasia o buena muerte? Cuestiones éticas más allá y más acá de la muerte?.* En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, pp. 125-145.

MASSINI CORREAS, Carlos I. y Pilar Zambrano: *Vida Humana, autonomía y el final de la existencia: ¿Existe un derecho a disponer de la propia vida?.* En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, pp. 105-137.

MATEO, Ramón Martín: *Bioética y Derecho*. Barcelona, edit. Ariel S.A., 1987.

MAZEUD, Henri, León y Jean: *Lecciones de Derecho Civil.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. Parte Primera, Vol. II.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo: *La interrupción del embarazo: el aborto*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, pp. 63-79.

MEDINA CRESPO, Mariano: *Los principios que inspiran la regulación de las indemnizaciones básicas por causa de muerte, en el sistema de la Ley 30/95.* En: Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Madrid, Dikinson, 2000, pp. 245-269.

MELENDO, Tomás: *Dignidad humana y bioética*. Pamplona, EUNSA, 1999.

MELENDO, Tomás y Lourdes Millán-Puelles: *Dignidad ¿una palabra vacía?*. Pamplona, Eunsa, 1996.

MELINA, Livio: *Cuestiones epistemológicas relativas al estatuto del embrión humano*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 81-108.

MENÉNDEZ REXACH, Eduardo: *La Administración de Justicia Problemática del Juez de Guarda en la aplicación de la Ley de Trasplantes.* En: De la Donación al Trasplante; Aspectos Legales, médicos y logísticos. Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1987, pp. 89-93.

MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N.: *Bioderecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, T. II.

MILANI-COMPARETTI, Marco: *Elementos de Bioética para las Ciencias Biológicas*. En: Elementos para la enseñanza de la Bioética. Bogotá, Colección Bíos y Ethos 5, Ediciones El Bosque, 1998, pp. 13-111.

MITJANS, Esther: *Bioética e igualdad en la interrupción del embarazo*. En: Materiales de Bioética y Derecho. Edición a cargo de María Casado. Barcelona, Cedecs Editorial S.L., 1996, pp. 273-293.

MOGUEL CABALLERO, Manuel: *Breve estudio acerca del aspecto técnico de la persona en el Derecho.* México, Escuela Libre de Derecho, edit. Toledo, 1953.

MOLINA, Alejandro; *El derecho a la identidad personal y la fecundación asistida*. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. En: http://www.jornadas-civil.org/ponencias/co1po10.html

MONTERO RODRÍGUEZ, Lilian Margarita: *El derecho a la identidad de los niños y adolescentes.* En: Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 313- 323.

MONTIEL MONTES, Juan José: *El pensamiento de la muerte en Heidegger y Pierre Theilhard de Chardin. En: Utopía y Praxis latinoamericana*. UPL, Vol. 8, N° 21, Maracaibo, marzo 2003, pp. 59-72, http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162003003000005&lng=es&nrm=is... y www.serbi.luz.edu.ve/pdf/upl/v8n21/art_05.pdf

MONTOYA MARÍN, Juan Eliseo: *Concepto de hombre, persona y derechos humanos.* En: http: // www.monografias.com/trabajos7/perde/perde.shtml

MORALES LANDEO, Edgar (Morlan): *Muerte cerebral en pediatría escala Morlan para diagnóstico cuantitativo de muerte cerebral.* Acta méd. peruana 2002; 19(4): 30-48. En: http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVrevistas/acta_medica/Vol19_N4/cerebral.htm

MORELLO, Augusto M.: *El Derecho en la vida.* La Plata, Librería Editorial Platense, 2002.

__________: *El fin de la existencia de las personas físicas y la muerte presunta*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, pp. 81-104.

__________: *Declaración de ausencia y fallecimiento presunto. (Ley 14.394).* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962.

MORO ALMARAZ, María Jesús e Ignacio Sánchez Cid: *Nociones Básicas de Derecho Civil*. Madrid, edit. Tecnos, 1999.

MORENO QUESADA, Bernardo y otros: *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2ª edic., 2004.

Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención*. Informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 1999. 12 de noviembre de 2001, en: http://193.194.138.190/.../898586b1dc7b4043c1256a450044f331/13f5eea858c8058ac1256b5700355f1c/$FILE/G0146027.pdf

NARANJO OCHOA, Fabio: *Familia y Personas*. Colombia, Librería Jurídica Sánchez LTDA, 7ª edic., 1996.

NAVAS DE MOTTA, Teresa y Joaquín Fernando Motta Navas: *Incidencia de la medicina legal en el Derecho Civil colombiano*. Bogotá D.E., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 1990.

NAVIA ARROYO, Felipe: *El "nasciturus" a la luz del Código Civil colombiano*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995.

NAWIASKY, Hans: *Teoría General del Derecho*. Madrid, Ediciones Rialp S.A., 1962. Traducción José Zafra Valverde.

NERIO, Rojas: Med*icina Legal*. Argentina, El Ateneo Editorial, Duodécima edición, 2ª reimpresión, 1984.

NEZER DE LANDAETA, Isis: *Trascendencia jurídica de las nuevas tecnologías de reproducción humana y de investigación genética*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia. Caracas-Venezuela 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, Tomo I, pp. 183-197.

__________: *Desafíos éticos en el nuevo milenio.* En: Gaceta Médica de Caracas, Vol. 110, N° 1, Caracas, 2002, http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0367-47622002000100016&lng=pt&nrm=iso

NIETO BLANC y otros: *Curso de Derecho Civil.* Argentina, Ediciones Macchi, 1989, Parte Primera.

NIKKEN, Pedro: *Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999*. En: La Constitución de 1999. Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos N° 20, 2000.

O´CALLAGHAN, Xavier: *Compendio de Derecho Civil.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, 3ª edic., 1997, T. I, Parte General.

OCHOA GÓMEZ, Oscar E.: *Personas Derecho Civil I*. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2006.

__________: *Derechos de la personalidad. En*: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 879-964.

OGÁYAR Y AYLLÓN, Tomás: *La ausencia en el Derecho sustantivo y adjetivo*. Madrid, edit. Reus, 1936.

ORDOQUI, Gustavo: *Estatuto de los derechos de la personalidad: Los derechos del concebido no nacido.* En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 239-284.

ORGAZ, Alfredo: *Personas Individuales*. Buenos Aires, edit. Depalma, 1946.

ORTIZ-ORTIZ, Rafael: *La dignidad y el desarrollo de la personalidad como premisa axiológica del constitucionalismo contemporáneo.* En: Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 14, Caracas, 1996, pp. 15-297.

__________: *Investigación especulativa sobre el fundamento jurídico de la dignidad humana.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 97. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1996, pp. 177-261.

PARRA ARANGUREN, Fernando y Alberto Serrano: *Elementos para el estudio de la norma jurídica.* En: Actas Procesales del Derecho Vivo, Nos. 61-63, Vol. XXI, Caracas, Grafiúnica, 1977, pp. 11-79.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: *La existencia y desaparición de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 69. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1988, pp. 7-57.

PARRA BENITEZ, Jorge: *Manual de Derecho Civil. Personas y Familia*. Colombia, Biblioteca Jurídica DIKE, 1988.

__________: *Manual de Derecho Civil. (Personas, Familia y Derecho de Menores)*. Colombia, edit. Temis, 3ª edic., 1997.

__________: *Manual de Derecho Civil (Personas, Familia y Derecho de menores).* Colombia, edit. Temis, 4ª edic., 2002.

PARRA TAPIA, Ivonne K.: *Algunas consideraciones ético-filosóficas sobre Bioética*. En: Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social. Libro Homenaje a José Manuel Delgado Ocando. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 4, 2001, Vol. I, pp. 489-508.

__________: *Consideraciones biojurídicas sobre la vida en el embrión humano*. En: Dikaiosyne N° 16. Revista de Filosofía Práctica. Universidad de los Andes, Mérida, Junio 2006, pp. 35-53, www.saber.ula.ve/.../dikaiosyne/vol9num16/articulo3.pdf&term_termino_3=&Nombrebd=saber

PÁRRAGA DE ESPARZA, Marisela: *Régimen Jurídico del Registro de Nacimientos en el Derecho civil Venezolano.* En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 69. Maracaibo, Universidad del Zulia, 1992, pp. 101-114.

__________: *El derecho a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil.* En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 70. Maracaibo, Universidad del Zulia, 1993, pp. 47-63.

__________: *Los derechos corporales: trasplantes e indisponibilidad comercial de las partes anatómicas del ser humano*. En: Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política Vol. 4, N° 3, Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José M. Delgado Ocando", Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, Maracaibo, Diciembre de 1997, pp. 19-43.

PECES-BARBA, Gregorio: *La eutanasia desde la filosofía del Derecho.* En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 13-26.

__________: *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*. Cuadernos Bartolomé de las Casas 26. Universidad Carlos III. Madrid, edit. Dikynson, 2ª edic., 2003.

PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón: *Altas tecnologías el Derecho de Personas. La manipulación genética en seres humanos: del autocontrol deontológico a la búsqueda de un orden internacional. (El feto y el derecho a la vida*). En: http://www.monografias.com/trabajos20/alta-tecnologia-genetica/alta-tecnologia-genetica.shtml

__________: *Fin de la personaliad jurídica*. En: http://www.monografias.com/trabajos17/fin-personalidad-juridica/fin-personalidad-juridica.shtml

PEREIRA SOJO, Leydimar y otras: *El derecho a morir con dignidad*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 121, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 389-427.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid, edit. Tecnos, 1997.

PÉREZ MARÍN, Lucas Andrés: *Los derechos de la personalidad post-mortem*. España, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Ciencias Jurídicas Básicas, 2001 (tesis), http://bdigital.ulpgc.es/digital/visualizar/propiedad.php?accion=tesis&id=213&vol=no

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Los Actos de Disposición sobre el propio cuerpo*. Madrid, Ministerio del Trabajo, Escuela Social de Madrid, 1946.

PÉREZ VARGAS, Víctor: *Existencia y Capacidad de las personas*. Costa Rica, Lex Loci Ltda, 4ª edic., 1977.

__________: *Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona.* En: Revista de Ciencias Jurídicas N° 93. San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2000, pp. 9-56.

PERLINGIERI, Pietro: *La Personalitá umana nell' ordinamianto giuridico*. Italia, Univesita degli Estidi di Camerino, 1972.

PERRINO, Jorge y Miguel González Andia: *Status jurídico y protección legal de tejidos embrionarios pre-implantados.* En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, pp. 397-410.

PESCIO, Victorio: *Manual de Derecho Civil*. Chile, edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., 1958.

PETZOLD-RODRÍGUEZ, María: *Algunas consideraciones filosófico-jurídicas sobre el estatuto del embrión humano*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, Vol. II., pp. 245-252.

PETZOLD-PERNÍA, Hernán: *El principio "mater in iure semper certa est" frente a la transferencia de embriones humanos*. En: SUMMA, Homenaje a la Procuraduría General de la República 135° Aniversario, Caracas, 1998, pp. 655-669.

PIÑA OVALLES, Ovelio: Contexto jurídico de la procreación médicamente asistida. Venezuela, La Universidad del Zulia, Ediciones del Vicerrectorado Académico, Colección Textos Universitarios, 2007.

PITTIER SUCRE, Emilio: *Reflexiones sobre el daño moral*. En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 621-698.

PIZANI, Rafael: *Investigación del Concepto de Personalidad Jurídica.* En: Gaceta Jurídica, N° 6, Año II, julio-sep. 1935, pp. 126-132.

PLANIOL, Marcel y Georges Ripert: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Habana, Cultural S.A., 1927, Tomo I.

__________: *Derecho Civil.* México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996. Trad. Leonel Péreznieto Castro.

PORTERO MOLINA, José Antonio: *Constitución y Jurisprudencia Constitucional (Selección).* Valencia, Tirant Lo Blanch, 4ª edic., 2000.

PORRAS DEL CORRAL, Manuel: *Eutanasia: Un debate abierto.* En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 153-182.

POSSE ARBOLEDA, León: *La personificación jurídica de una sociedad*. En: La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 325-333.

PRANZATARO, Umberto: *IL Diritto di Sepolcro*. Torino, Unione Tipográfico-editrice, 1895.

PRIETO, Carlos y Fernando Ordas: *La Donación de Organos.* En: De la Donación al Trasplante; Aspectos Legales, médicos y logísticos. Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1987, pp. 79-82.

PRIETO ALVAREZ, Tomás: *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas.* Navarra, Caja de Burgos/Thomson-Civitas, 2005.

Proyecto Código Penal. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004. (También en: http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/anteproyecto2.html)

PUIG BRUTAU, José: *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1987, Vol. I.

PUIG PEÑA, Federico: *Introducción al Derecho Civil Español Común y Foral*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1987, Vol. I.

PUGLIATTI, Salvador: *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. México D.F., Porrua Hnos y CIA, 2ª edic., 1943.

QUERO, José: *Tratamiento de los recién nacidos con deficiencias*. En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, pp. 67-77.

QUINTERO TIRADO, Mariolga: *Inseminación Artificial. Simientes Jurídicas en exploración*. En: Revista de Derecho Privado, Caracas, Año, N° 1-1, enero-marzo 1983, pp. 73-112.

QUIROZ CUARON, Alfonso: *Medicina Forense*. México, Edit. Porrua S.A., 6ª edic., 1990.

RAMÍREZ, Florencio: *Anotaciones de Derecho Civil*. Mérida, Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de los Andes, 1953, Tomo I.

RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La persona y su capacidad civil*. Madrid, edit. Tecnos, 1995.

RENDÓN APONTE, Rubén: *El suicidio ¿Una forma de morir con dignidad?*. En: Ética, Política, Derecho y Situaciones de muerte. Caracas, ediciones del Rectorado, Alfredo Castillo Valery y Xavier Mugarra Torca ediciones, 1991, pp. 261-269.

RIBEIRO SOUSA, Dilia María: *Situación Jurídica del concebido ante los avances de la ciencia (Especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961)*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 118, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 271-295.

RIPERT, Georges y Jean Boulanger: *Tratado de Derecho Civil (Según el Tratado Planiol)*. Buenos Aires, Ediciones La Ley, 1963, T. II, V. I, Trad. Delia García Dairreaux.

RISSO, Enrique J.: *Personas visibles y personas jurídicas (su capacidad en el derecho internacional privado y en la Legislación argentina y de otros países)*. La Plata, Biblioteca Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 1955.

RODRIGO M., Eduardo A., *Indicaciones clínicas y legales de la autopsia*, en http://www.policlinicatachira.com.ve/policlinica/publi_autopsia.html

RODRIGUES VIEIRA, Tereza: *Bioetica e Direito*. Sao Paulo, Ediciones Jurídicas Brasilera, 1999.

RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo: *El derecho a una muerte digna*. En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, pp. 95-111.

RODRÍGUEZ RAMOS, Antonio Manuel: *La ceguera del Legislador a la luz de la genética*. Ensayos de Derecho Privado N° 1. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000.

ROJAS GONZÁLEZ, Germán: *Manual de Derecho Civil*. Bogotá, Ecoe Ediciones, 2001.

ROMEO CASABONA, Carlos María: *Del Gen al Derecho*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, 1996.

__________: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

__________: *Los Trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1978.

RUBIO LLORENTE, Franscisco: *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial).* Barcelona, edit. Ariel S.A., 1995.

RUIZ DE LA CUESTA, Antonio: *Reflexiones sobre el derecho a vivir y morir dignamente: sus prescriptividad ética y jurídica.* En: Problemas de la Eutanasia. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, edit. Dykinson, 1999, pp. 123-151.

RUIZ LA ROSA, Eddy F.; *El perfil jurídico del embrión humano en la legislación cubana y en Derecho Comparado,* en http://www.monografias.com/trabajos16/embrion-humano/embrion-humano.shtml

SADABA, Javier: *La necesidad de la bioética. Repensar al sujeto*. En: Estudios de Bioética y Derecho. María Casado (comp.). Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 35-49.

SAGARNA, Fernando Alfredo: *Los Trasplantes de Órganos en el Derecho*. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Derecho Comparado. Buenos Aires, edit. Depalma, 1996.

SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana: *Derechos Registrales del Menor*. En: El menor y la familia: Conflictos e implicaciones. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, Instituto Universitario "Matrimonio y Familia", Nueva Serie III, 1998, pp. 123-150.

SANOJO, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Caracas, Imprenta Nacional, Reimpresión de la primera edición hecha en Caracas, 1873, T. I.

SANTORO PASSARELLI, F.: *Doctrinas Generales del Contrato.* Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1964.

SARMIENTOS FONSECA, Amarelys y otras: *Estudio médico legal y jurídico de la muerte violenta de recién nacidos*. En: http://www.monografias.com/trabajos27/infanticidio/infanticidio.shtml

SCANNAPIECO, Antonio: *El Derecho Romano*. En http://www.ameritalia.id.usb.ve/piazz.studi.storia.002.roma.diritto.htm

SCHIZZEROTTO, Gianni: *Interdizione e inabilitazione. Nella giurisprudenza*. Padova, edizioni Cedan, 1972. (Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata. Dietta dal prof. Mario Rotondi, dell' Universitá di Milano, N° 23).

SCHMIDT, Ludwing: *La muerte: una visión interdisciplinaria de un acto humano*. En: Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, pp. 337-383.

__________: *La persona, el Derecho y la terminología*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. II, pp. 599-624.

SEGOVIA DE ARANA, José María y otros: *Aspectos Jurídicos y médico legales de la donación y extracción de órganos para trasplante*. En: De la Donación al Trasplante; Aspectos Legales, médicos y logísticos. Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1987, pp. 95-118.

SERRA, Ángelo y Roberto Colombo: *Identidad y Estatuto del embrión humano*. En: Identidad y Estatuto del Embrión Humano. España, Etica y Sociedad, 2000, pp. 109-154

SERRANO ALONSO, Eduardo: *Derecho de la persona*. Madrid, La Ley-Actualidad, 2ª edic., 1996.

SERRANO y SERRANO, Ignacio: *La Ausencia en el Derecho Español*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943.

SGAMBATTI, Sonia: *El aborto. Aspectos historiográficos, legales, éticos y científicos*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, 3ª edic., 1999.

SIMONIN, C.: *Medicina Legal Judicial*. España, edit. Jims S.A., 2ª edic. (1966 reimpresión), 1982.

SINGER, Peter: *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional.* Barcelona, edit. Paidós, 1997.

SIVILA, Silvia Mabel: *El derecho de las personas al testamento vital y el respeto a su autonomía*, en http://www.bioetica.org/bioetica/mono27.htm

SOLS GARCÍA, Pedro: *Un caso realmente de conmoriencia*. En: Estudios de Derecho Civil En Honor del profesor Castán Tobeñas. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Vol. IV, 1969, p. 627 y ss.

SOMMER, Susana E.: *Genética, Clonación y Bioética ¿Cómo afecta la ciencia nuestras vidas?.* Argentina, edit. Biblos, 1998.

SOTO ALVAREZ, Clemente: *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil.* México, Limusa Noriega Editores, 3ª edic., 1998.

STITH, Richard: *El feto en la jurisprudencia constitucional occidental.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 16, N° 2. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, junio-agosto 1989.

TAMAYO RODRÍGUEZ, José Luis: *El aborto. Su problemática. Razones jurídicas y factores que imponen su despenalización*. Serie Trabajos Jurídicos. Caracas, edit. Tamhy, 2005.

TORNOS, Andrés: *Sobre la antropología de la muerte*. En: La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual-4. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1990, pp. 33-45.

TORRES ACOSTA, Rafael: *Aspectos éticos de la muerte en Pediatría*. En: Elementos para la enseñanza de la Bioética. Bogotá, Colección Bíos y Ethos 5, Ediciones El Bosque, 1998, pp. 113-192.

TOSTA, María Luisa: *Introducción al Derecho (Guía y materiales para su estudio por Libre Escolaridad).* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1985.

TRABUCCHI, Alberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1967.

VALENCIA ZEA, Arturo: *Derecho Civil*. Bogotá, edit. Temis, 8ª edic., 1979, T. I.

__________ y Alvaro Ortiz Monsalve: *Derecho Civil*. Parte General y Personas. Colombia, edit. Temis, 15ª edic., 2000, T. I.

VALDÉS, Margarita: *El problema del aborto: tres enfoques*. En: Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas. Rodolfo Vázquez (compilador). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 129-150.

VALERY VÁSQUEZ, Natalio y Geraldine Ferrer García: *Anotaciones Derecho Civil I Personas. Práctica Forense*. Caracas, Ediciones Librería Destino, s/f.

VALLET DE GOYTOSOLO, Juan: *Panorama del Derecho Civil.* Barcelona, Bosch Casa editorial, 1963.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español.* Valladolid, Talleres Tipográficos "Cuesta", 4ª edic., 1935, T. I, Parte General.

VARGAS ALVARADO, Eduardo: *Medicina Legal*. México, edit. Trillas, 4ª reimpresión, 2004.

VÁSQUEZ LEPE, Macarena de los Ángeles: *¿Es la manipulación genética de embriones humanos un atentado contra nuestra Constitución?*. En: Revista Chilena de Derecho Vol. 26, N° 4, Facultad de Derecho, octubre-diciembre 2000, pp. 967-1039.

VÁZQUEZ FANEGO, Héctor: *Autopsias médico-legales*. Buenos Aires, Ediciones Desalma, 2000.

VELOSO DE FRANCA, Genival: *Intervenciones fetales. Aspectos médico-legales*. Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico, http://www.sideme.org/doctrina/articulos/art030602-br.htm

VERDÚ PASCUAL, Fernando: *Regulación de la actividad de extracción y trasplantes de órganos en España.* Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico. http://www.sideme.org/doctrina/articulos/art0011a-es.htm

VIDELA, Mirta: *Los derechos humanos en la bioética*. *Nacer, vivir, enfermar y morir.* Buenos Aires, Ad-hoc S.R.L., 1999.

VIELMA MENDOZA, Yoleida: *La protección de la persona en el Derecho Privado*. En: Anuario Jurídico. Colegio de Abogados del Estado Mérida, Año VI, N° 6. Mérida-Venezuela, Edit. Casa Blanca, 1998, pp. 43-51.

VILLAZON S., Alberto: *Manejo del Cáncer terminal*. En: Ética, Política, Derecho y Situaciones de muerte. Caracas, ediciones del Rectorado, Alfredo Castillo Valery y Xavier Mugarra Torca ediciones, 1991, pp. 225-232.

VON THUR, Andreas: *Derecho Civil. Parte General*. México, Antigua Librería Robredo de José Porrua e Hijos, 1946. Trad. de Wenceslao Roces.

WILLS, Susan E.: *Aborto por nacimiento parcial: un puente demasiado lejano*. En: www.victoriadiocese.org/.../Aborto%20por%20**nacimiento**%20parcial%20un%20puente%20demasiado%20lejano.PDF y www.flrl.org/PDFs_and_Docs/USCCB%20FILES/Wills%20Long%20Sp.doc

YANES VILLAMIZAR, Thais: *Medicina Legal*. Caracas, Talleres de Publicaciones de la Universidad Santa María, III Edición Ampliada, s/f.

ZAMARRÓN MORENO, Miguel Angel: *La Administración ante la extracción y trasplantes de órganos*. En: De la Donación al Trasplante; Aspectos Legales, médicos y logísticos. Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1987, pp. 83-87.

ZAPATA LARRAIN, Patricio: *La interpretación de la Constitución*. En; Revista Chilena de Derecho, Vol. 17, N° 1, enero-abril 1990.

__________: *Persona y Embrión Humano. Nuevos Problemas Legales y su solución en el Derecho Chileno.* En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 15, N° 2-3, Mayo-diciembre 1988.

ZÁRRAGA, Humberto: *Espíritus de momias embalsamadas*. En: Revista Sala de Espera, Venezuela, publicada 10-5-07, http://www.saladeespera.com.ve/wordpress/columnistas/estacion-insolita/espritus-de-momias-embalsamadas-espritus-de-momias-embalsamadas/

ZERPA, Levis Ignacio: *Derecho Civil I*. (Guía materiales para su estudio por libre escolaridad). Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, 1987.

